

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

ET DE
SES PRINCIPALES APPLICATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 25 mars 1914, à 1 h. 1/2.

PAR
A. FOULHOUZE

Président : M. LYON-CAEN, *professeur.*
Suppléants : { MM. PERCEROU. *professeur.*
MAURICE BERNARD, *agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1914

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

ET DE
SES PRINCIPALES APPLICATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 25 mars 1914, à 1 heure 1/2

PAR

A. FOULHOUZE

Président : M. LYON-CAEN, professeur.

*Suffragants : { MM. PERCEROU, professeur.
MAURICE BERNARD, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1914



INTRODUCTION

On a bien souvent affirmé que l'œuvre du législateur devait être exactement calquée sur les données de l'expérience, et répondre, le plus directement possible, aux besoins nouveaux créés ou révélés par la pratique. A cette condition seulement, la loi peut remplir la mission qui lui appartient, car il ne faut point exagérer son caractère artificiel et coercitif. Sans doute le législateur peut, dans une certaine mesure, dominer l'évolution politique, économique et morale de la société qu'il régit : il peut guider cette évolution. C'est la partie la plus noble de sa tâche.

Mais il ne peut la réaliser que dans une mesure très restreinte. Une loi qui ne répondrait pas à un besoin réellement et profondément ressenti, n'aurait aucune chance de durée ; elle demeurerait lettre morte, menacée d'une abrogation par désuétude, à moins que, même, elle ne déterminât une réaction violente de l'organisme auquel on prétendrait l'imposer, mais auquel elle ne serait pas, en revanche, exactement adaptée.

Pratiquement, il est donc beaucoup plus vrai de dire que le législateur est à la remorque de l'évolution économique ou même juridique, que de lui reconnaître ou

de lui attribuer une fonction proprement directrice, et d'exagérer son rôle d'éclaireur et de guide.

C'est là une affirmation dont on peut, dans bien des domaines, trouver la justification. En présence de besoins économiques nouveaux, ou pour répondre à des nécessités que révèlent des conditions nouvelles d'existence, la pratique crée des institutions neuves qui ne sont, le plus souvent, en réalité, que le produit et l'alliage d'institutions antérieurement consacrées, heureusement déformées, élargies, adaptées à des applications un peu différentes de celles que le législateur avait tout d'abord exclusivement prévues pour elles. C'est ce qui s'est produit, historiquement, dans certaines régions de la France, pour le régime de publicité des transmissions immobilières à titre onéreux et entre vifs. C'est ce qui s'est produit à notre époque, dans le domaine particulier du droit commercial, en matière de compte-courant. C'est enfin le phénomène que l'on constate depuis longtemps et qui prend de nos jours une importance si considérable, dans le domaine des sociétés, et qui correspond au développement très frappant des associations ou sociétés en participation.

A côté et en dehors des cadres pourtant multiples de sociétés commerciales minutieusement réglés par le législateur, dont les traits ont été accusés par lui d'une manière définitive, on a vu, depuis longtemps déjà, mais avec une ampleur toute récente, une forme nouvelle de société, l'association en participation qui, ne

répondant à aucun des types réglementés par le législateur, échappe à toutes les mesures de contrôle et de garantie, conditions de forme, sinon de fond, que sa prudence avait mises au développement de ces sociétés.

Sans doute en effet le législateur n'ignore point les associations en participation puisqu'il leur consacre les articles 47, 48, 49 et 50 du Code de commerce. Mais il se borne à peu près à constater leur existence sans préciser aucune des règles qui peuvent ou doivent leur être appliquées. En cela justement réside l'intérêt du sujet.

Le type de l'association en participation est très difficile à classer, car cette forme de collaboration économique et juridique, suppose l'absence de l'une des conditions essentielles aux autres sociétés prévues et réglementées, c'est-à-dire de la publicité. L'association en participation, ou société en participation, est une société occulte ; c'est là un point définitivement acquis en jurisprudence (1). On a beaucoup hésité pendant longtemps en doctrine et en jurisprudence sur le caractère qui devait être retenu comme spécifique. Pour les uns (2) c'était la durée de la société qu'il fallait prendre en considération. La société était-elle constituée dans

(1) V. not. parmi les décisions les plus récentes, Paris, 27 juin 1905, *Journ. trib. comm.*, 1906, p. 425 ; Trib. comm. Marseille, 3 juillet 1905, *Journ. jurispr. Marseille*, 1905.1.329 ; Trib. Seine, 15 mars 1906, *Pand. fr. pér.*, 1907.2.9 ; Lyon, 30 mai 1906, *Rev. des Soc.*, 1907.1.22.

(2) Locré, *op. cit.*, sur l'article 47 ; Pardessus, *Dr. comm.*, t. IV, n° 1046 ; Malpeyre et Jourdain, *Tr. des Soc. comm.*, p. 260, etc.

le seul but de mener à bien une entreprise unique, assez brève et bien définie ? On était en présence d'une association en participation. Mais cette conception a été de très bonne heure abandonnée, bien qu'à vrai dire le texte des articles 47 à 50 du Code de commerce puisse paraître lui être favorable.

La durée ne peut servir de trait distinctif. Une société anonyme ou en commandite peut très bien n'avoir été formée que pour la réalisation d'une entreprise unique, même de durée assez restreinte. Par contre une association en participation peut se concevoir et fonctionne pratiquement pour plusieurs entreprises, similaires ou non, concurrentes ou successives.

Aussi est-ce au caractère occulte (1) que, d'une manière constante, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent maintenant l'association en participation. Si la société n'a pas été publiée, si rien ne la révèle à l'extérieur, si elle traite uniquement par l'intermédiaire de son gérant qui s'engage seul et en nom, non pas ès-qualités, si les divers associés participants sont ignorés entièrement du public, qui, sauf le cas d'immixtion, ne peut avoir aucune action directe contre eux, la société, le groupement envisagé, constitue bien une association en participation.

Et c'est justement en grande partie cette absence de publicité, grâce à laquelle les membres de l'association

(1) Dans ce sens : Houpin, *Traité des Sociétés*, n° 229 ; Rousseau, *Des Sociétés*, n° 2984 ; Vavasseur, *Traité des Sociétés*, n° 315, etc...

sont ignorés du public, qui ne peut les atteindre ni les poursuivre, qui a fait que l'association en participation a pris, de nos jours, une telle importance pratique, un tel développement.

D'un point de vue général on peut indiquer à ce développement trois séries de causes différentes, mais qui ont, toutes, concouru au même résultat : causes économiques, causes morales et enfin causes plus proprement juridiques.

Parmi ces causes, il en est, évidemment, que l'on peut aussi bien assigner au développement et à l'extension des sociétés en général. Mais elles prennent à l'égard de l'association en participation une physionomie et une acuité particulières, car l'association en participation porte à son plus haut degré, dans les divers cas que nous allons envisager et aux divers points de vue auxquels nous allons nous placer, l'utilité et la souplesse du groupement en société.

Des causes économiques tout d'abord. Les unes sont un peu les mêmes qui expliquent le développement et l'importance qu'ont pris les sociétés, les sociétés anonymes en particulier, au cours du xix^e siècle. C'est la nécessité du groupement, sinon des efforts, au moins des capitaux, pour soutenir la concurrence économique, à une époque où la concentration des entreprises fait aux individus une situation si précaire et si redoutable.

Sur le terrain économique, industriel ou commercial

ou financier, les fortunes individuelles sont généralement insuffisantes pour soutenir la lutte. Les affaires prennent tous les jours une ampleur nouvelle. Elles se traitent sur une plus vaste échelle, portent sur des quantités plus considérables. Seules, les grosses affaires peuvent laisser quelques bénéfices si elles sont traitées avec toute la largeur de vue et l'abondance de ressources qu'elles réclament. Mais leur étendue même peut être un obstacle. Un individu hésite à assumer à lui seul la charge et le risque qu'elles entraînent et supposent. Mais si la société ordinaire, par exemple la société anonyme, permet de répondre à cette nécessité, elle n'y parvient qu'au prix de certains inconvénients, pour celui qui a recours à sa constitution. L'industriel, le commerçant, qui monte son affaire en société, n'est jamais sûr de conserver la direction exclusive de cette affaire, à laquelle il a consacré souvent de grands efforts, qui est le résultat de ses études et de son travail et pour laquelle il ne s'est résolu parfois à rechercher une collaboration pécuniaire qu'à la dernière limite, lorsque ses ressources personnelles ne lui ont plus permis de faire face aux dépenses que nécessite son développement progressif. Quelles que soient les fonctions de direction qui lui aient été dévolues au moment de la constitution, il est à la merci d'une majorité hostile d'actionnaires qui, surtout si l'affaire est en voie de prospérité, se formera lentement et sourdement contre lui, grâce à des achats méthodiques de titres, effectués

souvent par ou à l'instigation d'un concurrent sans que, la plupart du temps, il puisse même se douter de la manœuvre qui se prépare et, en tout cas, s'y opposer.

Au contraire, l'association en participation permet au commerçant de morceler le risque, de diminuer la charge, sans cependant perdre la direction de l'affaire qu'il a conçue, découverte, à la réalisation de laquelle il veut s'attacher.

Pour celui qui doit être le gérant de la participation, agir en nom, figurer seul à l'extérieur, être en relation avec les tiers, diriger l'entreprise en toute liberté, les avantages de la participation sont, dans certains cas, tout à fait évidents.

S'il est vrai que ces avantages pourraient être sensiblement procurés au gérant dans une société en commandite, ce type de société convient par contre beaucoup moins bien à la catégorie de ceux qui, dans la pratique, constituent les participants des associations en participation.

Certes il n'y a rien d'absolu, et les participants peuvent être des personnes entièrement en dehors du mouvement commercial, industriel ou financier, et qui, par tempérament, par inaptitude personnelle, ou par incompatibilité disciplinaire, ne peuvent, en nom, collaborer à la direction d'une entreprise économique, commerciale ou industrielle, mais qui cependant cherchent à faire de leurs capitaux un emploi aussi rémunérateur que possible, sans exclure, en compensa-

tion de bénéfices considérables, des risques assez graves à courir pour leurs mises. Mais ce cas sera certainement le plus rare. A ceux en effet que cette raison écarte des affaires, d'une manière active, mais que le désir de gain pousse cependant à en courir les risques, le cadre de la société en commandite offre un instrument très heureusement adapté à leurs désirs ; le commanditaire, en effet, ne participe nullement à la direction de l'affaire, il est ignoré du public auquel il est interdit, sous peine de lui faire encourir une responsabilité très grave, de révéler son nom ; il ne court qu'un risque très limité, puisque ce risque est exactement égal au montant de sa mise, dont la rémunération lui est assurée, en dehors d'un intérêt fixe, très souvent stipulé, par une répartition sur les bénéfices. La commandite réalise donc, dans ce cas et pour tous les intéressés, beaucoup des avantages que l'association en participation peut fournir. Il est d'ailleurs difficile parfois de les distinguer.

Pourtant, cette distinction peut, et doit être faite. Il nous paraît même que la considération de la durée de l'entreprise, qu'il y a lieu de repousser comme élément caractéristique de l'association en participation, peut ici, nonobstant, être retenue. Elle éclaire le rôle un peu différent de la commandite et de l'association en participation.

Le plus généralement ceux qui participent à une commandite ne visent pas le même but, n'occupent pas

sur la scène économique la même place que ceux qui deviennent membres d'une association en participation.

Ceux qui entrent comme commanditaires dans une société, qu'il s'agisse d'une société en commandite par intérêt ou d'une société en commandite par actions, mais surtout s'il s'agit d'une commandite par actions, recherchent, en général, plus un placement avantageux qu'une participation réelle à la réussite d'une affaire plus ou moins hasardeuse. La plupart des capitalistes qui ont dans leur portefeuille des actions de sociétés en commandite, ignorent presque tout de l'entreprise à laquelle ils apportent le concours de leurs capitaux, se désintéressent souvent, pratiquement, de la gestion, comptent que l'entreprise jouira d'une certaine durée, et qu'ils n'auront point à se préoccuper d'une attribution nouvelle à faire de leur argent. Par nature, par tempérament, par fonctions parfois, ils sont éloignés des affaires dont ils ignorent entièrement le mécanisme.

Toute différente est, dans la pratique (et cette différence peut avoir des conséquences et des réactions juridiques), la situation des membres d'une association en participation. Ces associations ne se constituent généralement qu'entre professionnels si l'on peut dire. Tous ceux qui composent les associations en participation sont, pour leur compte personnel, commerçants ou industriels, liés ensemble par d'étroites relations d'amitié ou d'affaires. Leur activité professionnelle est dirigée tantôt vers le même but que celui visé par l'association

en participation, tantôt, et c'est le cas le plus général, vers des buts différents. En s'associant ils n'ont ni l'intention de s'engager à fond dans la direction d'une entreprise entièrement nouvelle, de longue haleine et distincte de celle qu'ils conduisent déjà et d'en courir les responsabilités, ni celle de réaliser un simple placement de capitaux plus ou moins rémunérateur. Leur but est, avant tout, de se faire profiter mutuellement, à charge de réciprocité ultérieure, d'une affaire qui s'offre avec une perspective de profits souvent considérables. Si les premiers intéressés se sont trouvés, par suite de l'insuffisance de leurs ressources propres, dans la nécessité de faire appel à des concours étrangers pour pouvoir retirer ces profits, du moins, en raison même de leur importance, ne tiennent-ils pas à les faire sortir du cercle de leurs relations pour en faire bénéficier des commanditaires inconnus ou des actionnaires anonymes.

L'association en participation est bien le seul type de société qui permette de répondre à ces desiderata et de prendre, en dehors d'un simple esprit de placement, sa part des bénéfices d'entreprises « amies » les plus diverses sans renoncer à la direction d'une entreprise unique prépondérante, sans non plus, tout en limitant les responsabilités encourues, s'imposer les préoccupations de la direction concurrente de plusieurs entreprises distinctes. Elle offre un moyen commode à ses membres de multiplier les sources de bénéfices en multipliant les risques courus.

La formation de telles associations a permis la diversification progressive, que l'on constate, de l'activité des grands commerçants et industriels : sociétés et individus. Si en apparence cette diversification peut paraître une réaction utile contre l'extrême concentration des capitaux qu'ont occasionnée les sociétés par actions, il n'est que trop certain qu'en fait, elle correspond souvent, par suite des liens qui unissent entre eux les participants, à une concentration des entreprises, concentration occulte et par là même d'autant plus dangereuse pour le public.

D'autres causes économiques favorisent encore le développement des associations en participation, tout en en faisant, cette fois, non plus le but final poursuivi, mais la phase préliminaire d'une opération plus vaste qu'il serait difficile de réaliser du premier coup dans de bonnes conditions.

Le groupement des énormes capitaux qu'absorbent les sociétés par actions ne peut, en raison de la très grande dispersion de l'épargne, s'effectuer facilement que par l'organisation d'une action commune d'autant plus efficace qu'elle paraîtra moins concertée.

La défense d'une entreprise contre les coalitions qui menacent tant sa vie financière par l'agiotage que sa vie industrielle ou commerciale par l'accaparement, impose aussi la formation d'associations momentanées de réaction.

La puissance, de jour en jour grandissante, des di-

verses collectivités économiques oblige les individus qui ont à traiter avec elles à chercher à leur opposer, sous peine d'écrasement total, des forces sinon égales du moins appréciables, avec lesquelles elles aient à compter et dont le rôle sera terminé dès que la tractation sera accomplie.

Enfin la multiplicité des affaires qui sont offertes à l'épargne, permet à cette épargne d'être plus prudente et de s'écarter de celles qui offrent trop d'aléas. Par contre-coup les promoteurs qui veulent réussir sont dans la nécessité de réduire les aléas présentés par une mise au point plus complète, par la prise à leur charge des risques de première réalisation. Ces risques très graves pour l'épargne, qui manque en général de moyens d'appréciation, le sont d'ailleurs beaucoup moins pour les promoteurs convaincus de la valeur de l'affaire qu'ils ont entre les mains, et il est de leur intérêt bien compris de les éliminer pour améliorer, de ce fait, considérablement leur position.

Dans tous ces cas l'association en participation offrira, par son caractère occulte et momentané, le procédé le plus et souvent le seul pratique de répondre à ces diverses nécessités.

Le développement de l'association en participation peut s'expliquer encore par des raisons morales.

L'association en participation permet de donner satisfaction à certaines ambitions, aux secrets désirs de beaucoup de spéculateurs contemporains. L'état d'es-

prit du spéculateur actuel est un assez curieux dosage de hardiesse et de prudence. L'amour du risque, et partant des bénéfices corrélatifs, attire beaucoup d'adeptes ; la rémunération modeste, mais fixe du capital ou du travail, sous forme d'intérêt ou de salaire, apparaît à l'heure actuelle à beaucoup comme insuffisante ; elle n'excite point les énergies ; la sécurité moyenne est de moins en moins considérée comme un idéal désirable. Chacun veut être associé aux bénéfices, recevoir sa part des exercices heureux. Et c'est pour cela que beaucoup de sociétés ou d'industriels associent leurs ouvriers ou employés, dans une mesure plus ou moins large, aux répartitions de bénéfices.

Pourtant, ce désir de lucre, cet attrait du risque, ne va pas actuellement sans une certaine prudence ; la multiplicité des risques, pourtant recherchés, les bouleversements, parfois brusques, toujours multiples, des fortunes par l'effet de crises inattendues, fait désirer toutefois au spéculateur de ne point s'engager à fond dans une même entreprise, de ne pas jouer toute sa fortune dans une seule et unique partie ; même, dans chacune des affaires où il participe, il veut limiter le risque couru.

C'est là un état d'esprit qui correspond à un mouvement bien souvent noté de la législation relativement récente, à ce développement des institutions juridiques de protection et de garantie, clauses d'inaliénabilité, ou d'insaisissabilité, clauses de dotalité dans les contrats

de mariage, d'inaliénabilité dans les donations, constitutions de biens réservés, de patrimoines d'affectation, de biens de famille insaisissables. Cette réserve d'une portion de patrimoine, à l'abri de tous risques et de toute fluctuation, il est loisible au membre d'une association en participation de la réaliser, puisqu'il peut, s'il le désire, limiter le montant de sa contribution aux pertes à celui de l'apport qu'il réalise dans le fonds commun de la participation. Et sans doute, ici encore, les considérations précédentes servent également à expliquer, d'une manière plus générale, le développement et l'expansion des sociétés par actions. Et pourtant, ici encore, elles prennent une importance toute spéciale si on les rapproche de l'actuelle multiplication des associations en participation.

C'est que l'association en participation offre un cadre juridique merveilleusement adapté aux divers desiderata que nous venons d'énumérer. L'intervention personnelle et exclusive du gérant dans la direction de l'entreprise, dans les relations avec les tiers qui ne connaissent que lui, ne traitent qu'avec lui et n'ont d'action que contre lui, assure aux participants, un moyen de réaliser exactement leurs désirs, de répondre aux nécessités que leur imposent les conditions particulières de leur collaboration.

Etant ignorés du public et ne pouvant, sans abus de leur part, être exposés aux actions exercées par les tiers, ils sont entièrement à l'abri des soucis de la gestion et

de la direction de l'entreprise. Leur participation demeure ignorée, et les risques auxquels cette participation les expose, limités au strict minimum. D'autre part, les affaires traitées par l'association en participation étant soumises généralement à des liquidations assez rapides et à brève échéance, l'étendue de ce risque se trouve fractionnée, même dans le temps. Le participant a toujours la faculté de reprendre sa liberté après avoir simplement, par une action en règlement de comptes, touché sa part des bénéfices de l'entreprise ou, sur l'action exercée par le gérant, versé sa contribution personnelle au passif, déterminé par l'échec de la dite entreprise.

Toutes ces raisons, jointes au désir d'agir promptement aussi bien que d'économiser les frais élevés nécessités par la constitution et le fonctionnement des autres sociétés, peuvent paraître suffisantes pour expliquer l'importance considérable qu'ont prise actuellement les associations en participation. Les développements qui précèdent montrent, dans tous les cas, l'intérêt qui peut s'attacher au sujet d'étude que nous avons choisi. A vrai dire, ce n'est point un traité systématique et détaillé de l'association en participation que nous avons l'intention de tracer ici. Nous nous bornerons à dégager les traits essentiels et distinctifs de l'association en participation et à envisager quelques-unes des principales applications auxquelles ces traits caractéristiques permettent à l'association en participation de prétendre. Aussi

bien le programme est-il exactement indiqué par le titre même auquel nous nous sommes arrêté.

Ce travail sera donc divisé en deux parties. Dans la première nous étudierons l'association en participation en soi, ce qui nous conduira à l'envisager à deux points de vue successifs : au point de vue externe, dans ses relations avec les tiers ; au point de vue interne, dans les relations de ses membres entre eux.

Dans la deuxième partie, après avoir cherché à délimiter le domaine d'application de l'association en participation, nous examinerons quelques particularités de l'une de ses applications, spécialement intéressante et toute moderne : les syndicats financiers.

PREMIÈRE PARTIE

LES TRAITS CARACTÉRISTIQUES DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

SECTION I

DE L'EXISTENCE EXTERNE DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

CHAPITRE PREMIER

DU DÉFAUT DE PERSONNALITÉ MORALE

DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

L'association en participation présente comme trait essentiel et caractéristique, ainsi que nous l'avons dit, un caractère occulte ; et, par là, se voit refuser le bénéfice de la personnalité morale. La personnalité morale et la publicité sont en effet fonction l'une de l'autre : on ne peut concevoir l'une sans l'autre. C'est là ce que dit

d'une manière implicite l'article 30 du Code de commerce lorsqu'il décide que : « les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés ». De ce défaut de publicité, entraînant l'absence de personnalité morale, découlent en réalité toutes les règles originales qui président au fonctionnement des associations en participation et par conséquent déduire les conséquences qu'elles entraînent serait analyser l'ensemble de ce fonctionnement. Aussi bien n'est-ce point là l'objet du présent chapitre, mais de la première partie tout entière de cette étude. D'ailleurs les conséquences de ce défaut de personnalité se manifestent aussi bien dans le domaine des relations des associés avec le gérant, c'est-à-dire dans le domaine du fonctionnement interne de la société que dans le domaine des relations du gérant avec les tiers, c'est-à-dire dans le domaine du fonctionnement externe de la société.

Ce fonctionnement externe de la société, de l'association en participation envisagée en soi, ne saurait nous retenir longtemps.

L'absence de personnalité morale consacrée par la doctrine et la jurisprudence la plus récente (1) y font un obstacle insurmontable. C'est là un résultat qu'il

(1) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, t. II, n° 1037 ; Houpin, *Tr. gén. des soc. civ. et comm.*, 3^e éd., t. I, n° 249 ; Paris, 8 janvier 1900, S. 1903.2.185, note Wahl ; Cass., 5 février 1901, S. 1902.1.405.

suffit de constater, et qui ne peut donner naissance, pratiquement, à de grosses difficultés.

En fait, les tiers, dont nous envisageons ici les droits n'entreront jamais directement en relation avec la société, considérée comme une personne morale : ou bien ils traiteront et contracteront avec le gérant seul, envisagé comme individu, en son nom personnel et non pas *ès qualités*, ou bien ils seront en relations avec les associés, dans les circonstances exceptionnelles que nous aurons à préciser par la suite.

CHAPITRE II

DU GÉRANT DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

L'association en participation n'a, au regard des tiers, aucune existence. Elle ne se différencie pas de la personne du gérant qui joue le rôle essentiel et unique : l'association en participation, au regard des tiers, c'est le gérant, et le gérant seul. C'est donc à l'étude des fonctions et du rôle du gérant qu'il faut ici nous attacher. Le gérant intervient, au regard des tiers, comme une personne libre, disposant de son patrimoine sous la seule sauvegarde de sa responsabilité personnelle. Dès lors, ce gérant doit avoir les mêmes pouvoirs que l'on reconnaît au titulaire d'un patrimoine placé sous l'empire du droit commun ; les pouvoirs les plus larges d'administration et même de disposition, sans aucun contrôle ni aucune limite. Il est le maître de l'affaire.

Est-il exact cependant, que dans tous les cas, et en toute occasion, le gérant puisse et doive accomplir librement et seul tous actes quelconques ? Il le semblerait, si l'on s'en tient au point de vue externe, à la théorie, strictement, de l'inopposabilité de la société aux tiers qui l'ignorent. Le tiers ne peut tenir compte de la limitation apportée aux pouvoirs du gérant par les termes

d'un mandat, c'est-à-dire d'un acte de société qu'il ignore et, dès lors, pourra toujours exiger la complète exécution des opérations qu'il aura conclues avec le gérant seul.

Cela nous paraît certain, à l'égard de l'action que les tiers auront à exercer, en conséquence, contre le gérant, maître unique de l'affaire. Mais cela nous paraît également certain à l'égard de l'action que les tiers peuvent, dans quelques cas, exercer directement contre les participants non gérants. (Nous renvoyons l'examen de ce point au moment où nous envisagerons, précisément, ces relations des tiers avec les participants non gérants.)

Il arrive, cependant, parfois que les termes du mandat ou de l'acte d'association imposent au gérant la participation des associés pour accomplir telle ou telle opération considérée comme particulièrement importante (1).

Mais cette hypothèse ne peut être examinée ici ; car, ou bien il faut l'envisager dans les conséquences qu'elle détermine au point de vue des relations des associés et des gérants, — dans ce cas et à ce point de vue, nous l'examinerons dans la deuxième partie de ce travail, — ou bien le mandat a pour résultat de déterminer une participation effective des associés non gérants. Dans ce cas, ils sortent de l'inaction à laquelle les condamne,

(1) La validité d'une telle clause ne saurait être mise en doute, car elle a été consacrée par la jurisprudence. V. Cass., 24 mars 1903, S. 1903.1.456.

en principe, le caractère occulte de la société. Leur situation s'en trouve modifiée, et nous examinerons cette situation au moment où nous traiterons spécialement des relations des associés et des tiers.

Analysons donc, d'une manière plus complète, la situation du gérant, mais pour le moment du moins, du gérant seulement.

Son droit de disposition est, avons-nous dit, absolu ; il s'exerce indifféremment à l'égard des biens qui composent son patrimoine personnel, et de ceux dont il se trouve être détenteur, par suite des apports effectués par l'un quelconque des associés ; nous employons à dessein le terme de « détenteur » pour ne pas trancher, dès maintenant, d'une manière plus explicite, la question de savoir quelle est la condition juridique de l'apport des associés.

Quel que soit le droit que l'acte d'association reconnaisse au gérant sur les différents biens, qu'il s'agisse de biens composant son patrimoine personnel ou de biens apportés par les associés, il nous paraît que le gérant doit avoir à leur égard les mêmes droits. C'est que, si les associés ont conservé à leur égard, un véritable droit de propriété, cela, en réalité, importe peu aux tiers qui ont ignoré le contrat. Ce sont les associés qui ont mis le gérant en possession des biens vendus par lui, ce sont eux qui ont contribué à créer l'illusion dont les tiers ont été victimes en traitant avec le gérant comme s'il était propriétaire. Il ne nous paraît pas que l'on puisse

admettre le droit pour les associés d'exercer une action en revendication contre le tiers avec lequel le gérant aura traité en son nom personnel. Nous nous trouvons ici en présence d'un phénomène analogue à celui que réalise la théorie de l'héritier apparent, et nous devons le résoudre de la même manière. Cependant cette opinion a été contestée par certains auteurs ; elle est généralement combattue en jurisprudence.

Nous reconnaissons donc, dans tous les cas, au gérant, sur tous les éléments quelconques des biens qui composent le fonds commun de l'entreprise, un très large pouvoir d'administration et de disposition. Mais certainement, aussi, tous les effets des actes intervenus se réalisent dans la personne du gérant et dans sa personne seulement. C'est lui, et lui seul, qui devient, suivant les cas et les hypothèses, propriétaire, débiteur, créancier. Il ne se réalise aucun phénomène direct immédiat de représentation : ceci veut dire seulement que les associés ne deviennent pas immédiatement, et par là même, titulaires des droits auxquels le gérant a donné naissance. Mais ceci ne signifie point que le gérant ne représente pas, au sens vulgaire du mot, les associés qui ne peuvent pas justement intervenir dans les opérations dudit gérant, ni par exemple former opposition à un jugement que le gérant aurait obtenu.

Nous n'avons encore cependant envisagé que l'un des aspects de la situation du gérant puisque nous ne l'avons considéré que du point de vue actif. Il faut, maintenant,

l'envisager au point de vue passif, c'est-à-dire en tant qu'il est exposé aux actions exercées par les tiers.

Tous les créanciers qui traitent avec le gérant doivent évidemment être placés exactement sur le même rang. Parmi ces créanciers cependant, il en est qui appartiennent à deux catégories bien distinctes. Il y a tout d'abord les créanciers personnels du gérant. Nous appelons ainsi ceux qui ont traité avec le gérant, non pas à l'occasion des affaires intéressant l'association en participation, mais à l'occasion et pour les besoins de ses affaires personnelles.

Il y a ensuite les créanciers que nous appellerons sociaux. Ce sont ceux qui ont traité avec le gérant pour les besoins et le compte des affaires intéressant la participation. Ces créanciers peuvent-ils prétendre avoir un droit de préférence à l'égard des autres créanciers sur les biens détenus par le gérant, et affectés à la participation, provenant des apports effectués par les associés participants ?

Le leur refuser paraît inadmissible, car ce serait autoriser les créanciers personnels du gérant à prendre part à la distribution du prix d'un gage que les associés avaient confié à ce gérant uniquement pour les besoins de l'entreprise et de la gestion commune. Mais, d'autre part, accorder aux créanciers sociaux un droit de préférence, c'est en somme oublier que l'association en participation n'a pas été publiée. Ce serait, nonobstant ce défaut de publication, lui reconnaître une personna-

lité morale qui ne peut, à aucun degré, lui appartenir (1). Comment donc résoudre cette difficulté ?

On pourrait être tenté d'avoir recours ici à une conception propre au droit allemand, celle du patrimoine d'affectation, le « Zweckvermögen » (2) ; mais cette conception, malgré son utilité, ne nous paraît pas pouvoir être acclimatée dans notre espèce. Ce patrimoine d'affectation, même en répudiant toute idée de personnalité morale, ne peut évidemment s'édifier sans une publicité qui lui serve de fondement et le conditionne. Comment admettre que les liens apportés par les divers associés participants et détenus par le gérant, au même titre et avec, tout au moins, la même apparence que les biens composant son patrimoine personnel, puissent constituer, entre ses mains, un patrimoine spécialement et exclusivement affecté aux créanciers de la participation, si aucune mesure de publicité n'est venue avertir les créanciers personnels de cette affectation. Comment admettre que ceux-ci, qui ont pu être amenés à consentir au gérant un crédit, uniquement à raison des biens qu'ils voyaient détenus par lui, puissent être privés de la faculté et du droit de discuter cet élément de leur gage, alors que rien n'a pu leur révéler que cet élément avait une origine et une destination spéciales ?

(1) Voir la note de M. Lyon-Caen sous Poitiers, 22 décembre 1887, S. 88.2.1.

(2) Brinz, *Pandekten*, 1884, t. I, § 60-61.

Un tel résultat déterminerait un bouleversement du crédit et des relations d'affaires, auquel on ne peut évidemment se résoudre, et, dès lors, une solution unique s'impose : admettre, sur le même rang et au même titre, tous les créanciers quelconques du gérant, créanciers personnels ou créanciers sociaux à concourir sur tous les éléments quelconques de son patrimoine apparent tout au moins.

C'est bien la solution accueillie par la jurisprudence (1). C'est la seule qui puisse être défendue. Sans doute l'on sacrifie dans une certaine mesure les associés apporteurs puisque les biens apportés par eux vont pouvoir être utilisés au paiement des créanciers personnels du gérant. Mais il faut noter : 1°) que cet inconvénient est indispensable au maintien du crédit. Ce maintien exige que foi soit due, toujours aux situations juridiques apparentes ; 2°) d'autre part, la théorie, généralement accueillie en vertu de laquelle les associés participants demeurent propriétaires de leurs apports, même détenus par le gérant, tant que les apports n'ont pas été véritablement utilisés par ledit gérant pour les besoins de l'association, permet d'en pallier les inconvénients et de protéger, dans une certaine mesure, l'associé apporteur. Ce dernier, en effet, demeuré pro-

(1) Cass., 17 août 1864, S. 65.1.183 ; Lyon, 23 février 1885, *Revue des soc.*, 1885, p. 699 ; Troplong, *Tr. des soc.*, t. I, n° 499 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. des soc.*, t. II, n° 1058-2° ; Rousseau, *Tr. des soc.*, t. II, n° 3034 ; Arthuys, *op. cit.*, t. I, n° 305.

priétaire, et tant que le droit de propriété subsistera, pourra revendiquer, entre les mains du créancier personnel saisissant, les éléments détenus par le gérant qui sont demeurés sa propriété personnelle.

Ce droit de revendication, pourrait-il l'exercer à l'encontre d'un créancier dit créancier social, avec la signification que nous avons donnée à ce terme ? On en peut douter. Le créancier social a évidemment tous les droits à saisir les biens apportés par l'un des associés. Les biens sont affectés aux affaires qui constituent l'objet de l'entreprise, ils doivent y être employés, et le gérant a reçu plein pouvoir à cet effet. Or la saisie par le créancier équivaut à une aliénation indirecte par le débiteur. L'une doit être possible, partout où l'autre demeure légitime, et voilà peut-être comment on pourrait établir une inégalité nécessaire de régime entre les créanciers personnels du gérant et les créanciers sociaux, au point de vue de la saisie des apports sociaux.

Ayant ainsi précisé la répercussion des actes consentis par le gérant, et montré quels droits le gérant pouvait ainsi constituer au profit des créanciers, il devient pour ainsi dire sans intérêt, d'examiner en détail les actes qui lui sont accessibles et ceux qui lui demeurent interdits : aucun principe général ne permet de fournir ici une solution constante, et les décisions de la jurisprudence sont toutes conditionnées par des circonstances de faits et les termes de la convention ayant donné naissance à l'association en participation.

C'est ainsi, notamment, que la Cour de Bordeaux (1) et la Cour de cassation (2) ont eu l'occasion de constater et d'affirmer la validité d'actes de disposition accomplis par le gérant, pour le compte de l'association en participation, non seulement sur ses biens personnels, mais encore sur les biens apportés par les autres participants. Sans doute le gérant doit se comporter en bon père de famille, mais la considération de ses devoirs et de sa responsabilité intéresse plus particulièrement les relations du gérant et des associés que nous devons étudier dans la deuxième partie.

(1) Bordeaux, 9 janvier 1826, D. 26.2.181.

(2) Cass., 5 mai 1858, S. 59.1.223.

CHAPITRE III

DES RELATIONS DES TIERS AVEC LES ASSOCIÉS NON GÉRANTS

Ces relations ne paraissent pas devoir nous retenir bien longtemps, et l'on a, semble-t-il, tout dit, en ce qui les concerne, lorsque l'on a affirmé qu'elles sont nulles. Au point de vue externe l'association en participation n'existe point ; elle n'a pas « vue sur le dehors ». Cette théorie devrait donc se réduire à un procès-verbal de carence.

Pourtant il n'en va pas toujours ainsi, et cette question des relations des tiers avec les associés non gérants peut donner naissance à un certain nombre de difficultés.

Ces difficultés, il nous paraît qu'elles peuvent être classées suivant deux grandes catégories : il y a tout d'abord un certain nombre d'hypothèses qui doivent être envisagées, au cas où l'association en participation suit une destinée normale, c'est-à-dire au cas où les participants non gérants sont demeurés inactifs, n'ont point enfreint l'incognito auquel les condamne le défaut de publicité. Nous les envisagerons d'abord : elles concernent plus spécialement la faculté pour les tiers d'exercer, contre les participants non gérants, par la

voie oblique, l'action qui leur appartient contre le gérant, ou l'action *de in rem verso*, dans la mesure de leur enrichissement, et pour répéter cet enrichissement.

Puis il est une autre série d'hypothèses qui devront retenir notre attention, et auxquelles peuvent donner naissance des accidents survenus dans le fonctionnement de l'association en participation, et par exemple les actes d'immixtion de l'un des participants non gérants, ce qui entraîne pour lui certaines responsabilités. Ce sont ces responsabilités, et les degrés de cette immixtion que nous devons examiner ensuite.

Voyons, tout d'abord, quelles actions les tiers peuvent exercer contre les associés non gérants, dans ces conditions normales, ce qui comporte évidemment comme contre-partie l'examen des droits que les associés peuvent, à leur tour, prétendre exercer contre les tiers.

Que le tiers créancier avec lequel le gérant a traité personnellement et en nom n'ait pas, contre les participants non gérants, une action directe *de plano*, et que les associés ne soient, par rapport au gérant, ni des débiteurs solidaires, ni même des débiteurs conjoints, c'est ce qui résulte avec évidence de la structure tout entière de l'association en participation. L'association en participation n'a pas d'existence externe (1). C'est un leit-motiv auquel il faut toujours revenir parce qu'il

(1) Douai, 28 juillet 1906 et 15 novembre 1906, *Jurisprudence Douai*, 1907, p. 117.

est la clé de toutes les solutions et qu'il explique toutes les difficultés.

Sans doute, avons-nous dit, le gérant traite pour le compte des associés ; les opérations qu'il conclut le sont opposables : ils ne pourraient, en conséquence, intervenir par la voie de la tierce opposition contre un jugement obtenu par le gérant ou rendu contre lui (1). Mais à l'égard des tiers avec lesquels il traite, le gérant ne masque ni ne découvre les participants non gérants. Ceux-ci demeurent, au moment même où l'engagement est contracté, étrangers à cet engagement. Ce n'est que par un règlement postérieur et interne, que nous examinerons par la suite, que le bénéfice ou le poids de cet engagement pourra leur être étendu. Les travaux préparatoires ne laissent d'ailleurs aucune doute que cette solution, dictée par les principes, ait été formellement accueillie par le législateur. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely disait en effet, formellement, répondant à Merlin, qui voulait faire accorder une action solidaire contre les participants non gérants, que cette doctrine serait subversive des principes (2). « Le refus du recours contre les associés en participation ne saurait tromper la foi publique, puisque le vendeur n'a connu que celui avec lequel il a traité directement et n'a pas compté sur une autre garantie. »

(1) Bordeaux, 9 janvier 1826, D. 26.2.181.

(2) Locré, t. XVII, p. 193.

Cependant, on s'est efforcé de démontrer que l'on devait, en pareil cas, tout au moins accorder cette action solidaire contre tous les associés, dans les cas où il était établi que tous avaient tiré profit des opérations réalisées, qu'un enrichissement avait été retiré par eux. Cette opinion se fonde sur trois séries d'arguments tirés, tant de l'ordonnance de 1673 et du droit romain, que de l'équité.

On tire tout d'abord argument de l'Ordonnance de 1673. Il est incontestable que sous le régime de l'Ordonnance une action solidaire était donnée au tiers contre le participant non gérant. Cela résulte de l'identité absolue que l'on constatait entre la situation de l'associé commanditaire et celle du participant non gérant. Merlin soutient très exactement l'existence d'une action solidaire contre l'associé commanditaire, il le soutient contrairement à l'opinion de Pothier, mais sur ce point ce dernier est contredit par tous les auteurs. D'ailleurs les termes de l'Ordonnance ne paraissent pas laisser place à une bien grande discussion : le titre IV, article 7, est en effet, ainsi conçu : « Tous associés seront obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, pour la compagnie et non autrement », et l'article 8 limitait la portée de cette action à l'égard du commanditaire, en décidant que le commanditaire n'en serait tenu que jusqu'à concurrence de sa part ». Cette exception au principe que seul celui qui signe est personnellement tenu, s'expliquerait

uniquement pour cette considération d'équité que le commanditaire tirant profit de l'engagement doit, en conséquence, en subir le poids.

C'est ce qu'exprimait la loi 82, *Pro Socio*, D. 17.2 : « *Jure societatis per socium ære alieno socius non obligatur nisi in communem arcam pecunia versa sint.* » Dès lors, à partir du moment où il serait justifié que les deniers auraient été employés au profit de la société, l'action du créancier pourrait s'exercer solidairement à l'égard de tous les associés même non gérants.

Cette doctrine, néanmoins, n'a trouvé aucun écho dans l'opinion des rédacteurs du Code et cette action solidaire doit, en principe, être repoussée.

La nature même de la participation s'oppose à ce qu'elle soit accueillie. On ne tient nul compte ici de ce que la société en participation étant occulte ne peut être invoquée par les tiers ni contre eux. Elle ne produit effet que dans les relations des associés entre eux. Le gérant agit en son nom personnel, les tiers qui traitent avec lui ignorent, doivent ignorer si l'affaire gérée, l'est pour son compte exclusif ou pour le compte d'associés intéressés aux bénéfices. L'assimilation établie entre la commandite et la participation et qui est à la base de ce raisonnement, est entièrement erronée. Les tiers peuvent ne pas traiter directement avec le commanditaire : c'est exact ; mais ils en connaissent néanmoins l'existence, la formule même de la raison sociale doit leur révéler cette existence.

Quant à l'argument tiré du droit romain et plus spécialement de la loi 82, *Pro Socio*, il ne saurait davantage nous retenir, car nous ne pouvons plus considérer le droit romain comme une législation actuellement en vigueur.

D'ailleurs, on donne à la loi 82, *Pro Socio*, dans le raisonnement qui précède, une portée qu'elle n'a pas en réalité. La règle posée par cette loi n'est vraie que des relations des associés entre eux : elle ne concerne nullement les relations des associés avec les tiers.

Enfin les considérations d'équité auxquelles les partisans de l'opinion que nous discutons actuellement ont voulu s'attacher, peuvent légitimer dans une certaine mesure la concession d'une action d'enrichissement, mais elles ne sont pas de nature à faire accorder une action directe et solidaire, contre tous les associés indistinctement (1).

Privés donc d'une action personnelle et directe contre les coassociés, les tiers ont-ils du moins d'autres actions ? Il nous paraît difficile de leur refuser contre ces associés non gérants : 1° l'action oblique de l'article 1166 du Code civil ; 2° une action en répétition de l'enrichissement injuste.

L'action oblique semble évidemment devoir être accordée aux tiers. Les tiers qui traitent directement avec le gérant ont ce dernier pour débiteur personnel. Mais, avons-nous dit, le gérant devient personnellement titu-

(1) V. d'ailleurs dans le sens du refus de l'action aux tiers contre les associés : Cass., 31 juillet 1893, S. 94.1.284.

laire actif et passif des droits auxquels donnent naissance les opérations qu'il a gérées. S'il agit dans l'intérêt des associés, il n'agit pas en leur nom. Il doit, ensuite, par un règlement de comptes et des opérations internes, leur communiquer le bénéfice ou la perte résultant de l'opération gérée. Au cas de bénéfices, il est leur débiteur ; mais au cas de perte, il devient leur créancier. Dès lors, pourquoi refuser aux tiers, créanciers eux-mêmes du gérant, la faculté d'exercer directement, contre les débiteurs de ce dernier, les droits qui leur compètent. Aucun obstacle n'empêche la reconnaissance et l'exercice de cette action. Mais encore faudra-t-il évidemment que les conditions généralement mises à son exercice se trouvent réunies, comme aussi d'ailleurs ne produira-t-elle que les effets qui lui sont ordinairement reconnus.

Or, ces conditions se ramènent à deux : exigibilité *actuelle* de la créance du débiteur *négligent* contre les défendeurs à l'action oblique. Il faut donc que le gérant soit actuellement créancier de ses co-associés non gérants pour que les tiers puissent exercer l'action. Mais cela ne sera réalisé que dans les hypothèses où le gérant aura déjà liquidé les résultats de l'opération intervenue et fait ressortir le chiffre de la contribution personnelle de chacun des participants au passif demeuré à découvert. Il faut, en second lieu, que le gérant soit *négligent*. Dès lors, l'exercice de cette action apparaît comme devant encore demeurer assez rarement possi-

ble. Il faut ajouter d'ailleurs qu'au point de vue, non plus de ses conditions, mais de son mode d'exercice, cette action oblique ne sera pas de nature à donner toujours aux créanciers entière satisfaction. Souvent, en effet, ils se heurteront à des moyens de défense que les associés tireront de leurs relations personnelles avec le gérant et qu'ils opposeront aux créanciers comme ils les auraient opposées au gérant lui-même. D'ailleurs le gérant même devra être mis en cause, car c'est l'une des conditions imposées par la jurisprudence à l'exercice de l'action, et dictée par le souci de rendre opposable, directement, au débiteur, le jugement intervenu dans l'instance engagée entre les créanciers et les sous-débiteurs.

Aussi les créanciers seraient-ils parfois conduits à exercer l'action directe *de in rem verso* contre les associés. A vrai dire pourtant cette action ne pourra s'exercer que justement dans les hypothèses où l'action oblique serait impossible. Nous venons de dire que l'exercice de l'action oblique supposait essentiellement que le gérant était créancier des associés participants, c'est-à-dire par conséquent, que l'affaire gérée s'était clôturée par un déficit auquel les associés devaient contribuer chacun pour leur part.

L'action *de in rem verso* ne trouve évidemment dans ces circonstances aucune occasion de s'exercer. C'est tout au contraire, et seulement dans le cas où cette affaire commune aura tourné au profit de la communauté, que l'action aura quelque raison d'être exercée.

Sans reprendre ici les discussions ni l'exposé de la controverse à laquelle cette action a donné naissance, il est permis d'affirmer que la jurisprudence lui reconnaît actuellement un rôle très large et très divers et que les fonctions qui lui sont assignées croissent tous les jours d'importance.

La jurisprudence de la Cour de cassation subordonne d'ailleurs l'exercice de l'action à trois conditions précises : appauvrissement du demandeur ; enrichissement du défendeur ; transmission de valeur du patrimoine du demandeur au patrimoine du défendeur. C'est cette transmission de valeur qui constituerait, d'après la jurisprudence, le lien de droit entre les deux parties à l'instance, et en même temps marquerait la limite et la mesure de l'enrichissement susceptible de répétition (1).

Le respect de cette condition supposera donc que les associés, non seulement bénéficient de l'opération entreprise dans leur intérêt commun, mais encore ont effectivement recueilli le bénéfice de cette opération ; que le gérant, par conséquent, leur a déjà réparti le profit en provenant, au prorata de leurs intérêts dans la participation. C'est à ce moment, mais à ce moment seulement, que, les associés s'étant enrichis, avec le sens que la Cour de cassation, en l'espèce, donne à ce terme,

(1) V. sur ce point notamment : Cass. civ., 31 juillet 1895 ; 18 octobre 1904, S. 1907.1.465 et la note de M. Wahl sous cette décision. — Adde Baudry-Lacantinerie et Barde, *Oblig.*, t. III, n° 2826 ; Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.*, 4^e éd., t. II, n° 936.

les créanciers pourront aussi exercer contre eux l'action *de in rem verso*.

Il faudra, dans tous les cas, qu'il y ait enrichissement d'un côté, appauvrissement de l'autre. Mais cette condition nous paraît devoir être remplie, dès lors que le créancier a fourni pour la gestion de l'affaire une valeur dont il n'a pas été remboursé. Sur ce point, la jurisprudence demeure d'ailleurs incertaine ; quelques décisions accordent l'action (1) que d'autres refusent (2).

Voyons maintenant comment se règlent les relations de créanciers et d'associés lorsque la situation ne se présente plus sous un aspect normal, et que l'immixtion de l'un des associés est venue modifier sa conduite juridique.

Si théoriquement, en effet, l'association en participation est et doit essentiellement demeurer occulte, il peut arriver que l'un ou plusieurs des associés, des participants non gérants, ne se confine pas exactement dans le rôle passif qui lui a été dévolu, et qu'il s'ingère d'une façon plus ou moins active dans la direction de l'entreprise qui constitue l'objet de l'association. Dans ce cas, il n'est plus exact d'affirmer que les tiers ignorent l'existence des associés participants ; le principe de la non-publicité est en défaut. L'on se trouve en présence d'un phénomène accidentel, assez semblable

(1) Alger, 40 juin 1871, D. 72.2.207.

(2) Nancy, 13 juillet 1886, *Revue des sociétés*, 1886, p. 502.

à celui qui réalise l'immixtion du commanditaire, lorsqu'il participe, effectivement, à la gestion des affaires sociales (1).

Voyons donc dans quelle mesure cette immixtion confère au tiers des droits contre l'associé participant qui a révélé son existence par une intervention intempestive.

Cette intervention peut évidemment se réaliser de plusieurs façons différentes ; elle peut présenter des degrés divers d'intensité ; par là-même l'examen de notre question et la réponse à lui fournir comportent des nuances.

On peut concevoir tout d'abord — et c'est certainement l'hypothèse la plus simple — que l'un des associés, sans traiter directement ni concurremment avec le gérant, ait consenti à un tiers des droits sur les biens qui constituent son apport. Cela est possible en fait. Cela est possible juridiquement, car les associés conservent le droit de propriété sur les éléments qui constituent leur apport, jusqu'au moment où cet apport a été, en fait, utilisé pour les besoins de l'entreprise commune par le gérant. Ceci suppose, bien entendu, que l'apport consiste en un corps certain.

Dans ce cas donc, le tiers auquel l'associé non gérant aura constitué des droits sur les éléments de son apport,

(1) V. not. Houpin, *Tr. des soc.*, t. I, n° 269 ; Arthuys, *Tr. des soc.*, t. I, n° 305, p. 273 et suiv. ; Rousseau, *Soc. comm.*, 3^e éd., t. II, n° 3043 bis. — V. aussi Cass. civ., 3 décembre 1890.

pourra certainement prétendre exercer ces droits à l'encontre même de l'association en participation, c'est-à-dire du gérant. Le gérant ne pourra sans doute invoquer l'affectation particulière dont ces biens étaient grevés puisque, tout au moins tant que ces biens étaient demeurés entre les mains de l'associé apporteur, aucun élément de publicité n'est venu en révéler l'existence (1).

Ceci nous paraît certain, si, comme nous venons de le préciser, les biens apportés, ou objet de l'apport, sont demeurés entre les mains de l'associé qui a constitué le droit litigieux. Mais, en serait-il de même si, au moment où les droits ont été consentis, les biens, objet de l'apport, avaient déjà été transmis au gérant et se trouvaient entre ses mains? N'y aurait-il pas, dans ce déplacement comme un commencement de publicité, révélateur de l'affectation reçue par le bien objet du contrat, interdisant au tiers d'invoquer, utilement, le principe de l'inefficacité à son égard, de la *res inter alios acta*?

Quoi qu'il en soit de ce point, il est incontestable que le créancier auquel des droits ont été, personnellement, constitués par l'associé non gérant, pourra concourir sur les biens qui composent l'apport de son débiteur, avec les créanciers auxquels le gérant lui-même aurait

(1) Comp. Cass., 27 mai 1893, *Journ. trib. comm.*, 1893, p. 690.

concéder des droits en vertu du mandat dont il a bénéficié (1).

Peut-on dire qu'antérieurement à l'époque à laquelle le créancier de l'associé a acquis ses droits, les biens, objet de l'apport, étaient déjà sortis du patrimoine de son débiteur? Evidemment non, si l'utilisation par le gérant de ces biens n'a été réalisée que postérieurement à cette époque. Tant que cette utilisation n'a pas été réalisée, l'associé apporteur demeure propriétaire. Mais que faut-il décider, si l'utilisation avait été faite avant? Pourra-t-on maintenir dans ce cas le droit de concours du créancier personnel? Cela serait bien difficile. On peut évidemment soutenir que cette aliénation demeure inopérante au regard du créancier personnel, puisqu'elle aura été faite au profit de l'association en participation, et qu'à ses yeux cette association n'existe pas. Mais ce serait oublier que cette association a, au moins, un représentant actif, en la personne duquel elle se résume.

Ce représentant, c'est le gérant au profit duquel, personnellement, l'aliénation a eu lieu. Il est impossible de soutenir que cette aliénation demeure sans effet au regard du créancier personnel. Son débiteur n'a pu lui transmettre un droit qu'il n'avait plus.

Cette hypothèse d'ailleurs est un peu distincte de celle que réalise l'immixtion proprement dite de l'associé

(1) V. en ce sens, Cass., 27 mai 1893, *Journ. trib. comm.*, 1893, p. 690.

participant non gérant, à l'examen de laquelle nous arrivons.

L'associé peut, tout d'abord, s'ingérer dans la gestion et la direction des affaires qui constituent l'objet de l'entreprise en traitant formellement et personnellement, concurremment avec le gérant. Dans cette hypothèse, il faut dire que le tiers aura certainement en lui un codébiteur, et même un débiteur solidaire, puisque, en matière commerciale, le codébiteur doit être présumé un débiteur solidaire (1). Mais cette hypothèse est relativement rare ; l'associé non gérant qui veut s'engager conjointement et solidairement avec le gérant, n'entrera généralement pas dans une association en participation, dont l'avantage essentiel est le caractère occulte.

Aussi cette intervention de l'associé non gérant est-elle ordinairement plus discrète. Nous avons dit que le gérant de la participation, lorsqu'il agit pour les intérêts de la participation, ne masque ni ne découvre les associés inactifs. Il agit pour son compte personnel, en apparence tout au moins, et en son nom propre. Mais l'on peut concevoir qu'il ait reçu, formellement, des associés, mandat de traiter et de s'engager en leur nom. Dans ce cas, les associés seront certainement tenus à l'égard du tiers ; ils ne le seront d'ailleurs pas solidairement, ni conjointement avec le gérant, comme dans l'hypothèse

(1) V. sur le principe : Cass., 10 août 1875, S. 76.1.121 ; Trib. comm. Nantes, 8 mai 1896, *Rec. Nantes*, 1898.1.225 ; Poitiers, 13 juillet 1894, *Rev. des soc.*, 1894, p. 482.

précédente, car les règles du mandat s'appliquant ici, ils seront seuls tenus, le gérant n'ayant en sa qualité de mandataire contracté aucune obligation personnelle (1). Cela est vrai tout au moins dans la mesure où le gérant se présente seulement comme le mandataire des associés ; à ce rôle il peut ajouter celui de débiteur personnel, lorsque, de plus, il s'est personnellement engagé aussi (2). Sera-ce à la même solution que l'on devra s'arrêter si, sans en avoir reçu le mandat formel, le gérant a, de lui-même, spontanément, expressément déclaré qu'il traitait au nom et en faveur d'un certain nombre de co-associés. Cette révélation, par le gérant, de l'existence de l'association en participation, est-elle suffisante pour conférer aux tiers une action directe contre les co-associés ?

Si l'on applique ici, purement et simplement, les règles de la *negotiorum gestio*, on admettra que cette action peut être exercée dans deux cas tout au moins : certainement tout d'abord si les associés ont ratifié l'opération accomplie par le gérant, puisque, dans cette hypothèse, ce sont les règles du mandat que l'on applique.

On admettra également cette action dans une autre hypothèse, lorsque l'opération gérée aura tourné au

(1) V. Cass., 3 décembre 1890, *Rev. des soc.*, 1891, p. 359.

(2) V. Bordeaux, 19 juillet 1830, S. 31.2.75 ; Colmar, 29 avril 1850, S. 55.2.126.

profit des coassociés. Ce sont là des applications pures et simples du droit commun.

Cependant on peut se demander si cette application du droit commun ne se heurte point ici à certaines objections plus ou moins graves ; l'une tendrait à faire accueillir toujours l'action directe ; l'autre, au contraire, pousserait à la faire rejeter.

Voici ces deux objections : la première consiste à assimiler à un mandat ordinaire les relations des associés et du gérant de l'association en participation. Les coassociés ont, évidemment, donné au gérant le droit de traiter pour leur compte, ce qui revient à dire, dans leur intérêt. Dès lors, en effet, que le gérant a réalisé une opération au profit de la participation, les associés doivent subir les conséquences de cette opération. Dans les relations des associés et du gérant, les premiers ne sont point recevables à repousser l'action en contribution que le gérant peut exercer contre eux, après la clôture des opérations ; et, dès lors, ne peut-on pas dire que l'existence même du contrat de participation emporte et présuppose la ratification des actes du gérant par les coassociés ? Ainsi l'action directe serait permise dans tous les cas.

A cette théorie une objection cependant peut être faite : elle est tirée comme à l'ordinaire du caractère occulte de la participation que cette thèse aurait pour effet de réduire à rien. C'est bien le résultat auquel on parviendrait si l'on admettait que les tiers pourront tou-

jours invoquer l'existence du pacte d'association en participation comme emportant, de plein droit, à leur égard, ratification par les associés non gérants, des actes du gérant, et permettant, par là même, l'exercice d'une action directe. La ratification que l'on peut déduire de l'existence de ce pacte ne doit pas produire d'effets externes, ni réagir contre ou au profit des tiers. Ceux-ci ne pourraient donc invoquer que le deuxième cas d'application de la gestion d'affaires, c'est-à-dire celui concernant la preuve faite que l'opération du gérant d'affaires a tourné au profit du maître de cette affaire (1).

Pourtant, même dans cette hypothèse, va-t-il suffire au gérant de dévoiler en contractant le nom de ses coassociés pour permettre l'exercice d'une action des tiers contre ces coassociés, qui, statutairement, auraient dû demeurer ignorés du public? Une pareille faculté ne se heurte-t-elle pas, elle aussi, à la règle que nous rappelions précédemment? Il ne faut pas, croyons-nous, lui reconnaître cependant une telle portée. Elle n'est point d'ordre public. L'association en participation n'étant pas publiée, ne doit pas s'ériger en personne morale. Elle ne peut être opposée aux tiers. Mais cela ne signifie point que les tiers ne puissent jamais découvrir l'existence de ses coassociés, ni exercer contre eux les

(1) La jurisprudence consacre le droit personnel et direct des tiers contre les associés lorsqu'ils ont connu et ratifié formellement et spécialement l'opération consentie par le gérant. V. Cass., 30 mars 1885, S. 86.1.187.

actions dont ils puisent le principe dans le droit commun. Cette dernière objection n'est donc pas de nature à faire repousser ici l'exercice de l'action.

Enfin, nous devons envisager la dernière hypothèse, celle dans laquelle l'immixtion se trouve véritablement caractérisée, c'est-à-dire celle dans laquelle ce sont les associés qui, spontanément, sortent du rôle inactif dans lequel, conventionnellement, ils devraient se confiner, sans s'engager, à proprement parler, dans un contrat spécial, mais en intervenant dans la formation de toute une série d'opérations sociales : par exemple c'est un associé qui intervient dans la conduite des travaux, qui congédie et engage des ouvriers, qui donne des instructions pour les constructions (1), etc..., etc...

Dans toutes les hypothèses, la jurisprudence admet que les tiers ont pu être induits en erreur par l'intervention et l'attitude du participant non gérant, et qu'ils peuvent, en conséquence, poursuivre ce participant soit directement, soit solidairement avec le gérant. Cependant il faut que l'immixtion soit assez caractérisée pour avoir pu donner le change aux tiers ; en particulier de simples agissements internes, des actes de surveillance et de contrôle ne peuvent être assimilés à des actes d'immixtion (2). Mais dès lors que cette im-

(1) V. dans des hypothèses diverses, Nancy, 3 février 1848, D. 48. 2.183 ; Poitiers, 6 avril 1870, D. 70.2.192 ; Aix, 4 juin 1868, D. 69.2. 242 ; Cass., 23 juillet 1877, S. 77.1.405.

(2) V. not. Cass. req., 8 juin 1912, S. 1913.1.32.

mixtion est constatée, l'action directe est accordée aux tiers (1). Les applications de ce droit d'action directe sont nombreuses, mais les plus intéressantes ont été constatées à l'égard des syndicats d'émission qui sont, comme nous le verrons, des sociétés en participation. Lorsqu'un syndicat organisé pour une banque souscrit à l'émission un certain nombre d'actions qu'elle répartit ensuite entre les adhérents du syndicat, les noms des divers souscripteurs, membres dudit syndicat, sont nécessairement connus de la société, bien que la souscription ait été faite par le syndicat ou plutôt la banque qui le gère ; mais ces noms étant connus par la force même des choses et pour les besoins de la combinaison et de son succès, la société doit avoir une action personnelle et directe contre chacun des souscripteurs, individuellement, en libération de leurs actions, pour obtenir les versements.

(1) V. not. Paris, 5 décembre 1900, *Rev. des Soc.*, 1901, p. 167 ; Alger, 10 novembre 1908, *Mon. jud. de Lyon*, 11 octobre 1909. — *Adde* aussi Cass., 23 juillet 1877, S. 79.1.408.

SECTION II

DU FONCTIONNEMENT INTERNE DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

CHAPITRE PREMIER

DES RÈGLES QUI PRÉSIDENT A LA CONSTITUTION DES ASSOCIATIONS EN PARTICIPATION.

L'article 48 du Code de commerce stipule : « que les associations ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêts et aux conditions convenues entre les participants ».

La liberté la plus grande préside donc à la constitution de ces sociétés, et c'est ici la convention qui fait la loi des parties. Cette liberté ne saurait avoir d'inconvénient, puisque la société n'a pas de personnalité morale, qu'elle n'existe pas au regard des tiers et qu'elle ne produit aucun effet à leur égard. Il suffira donc, pour que la société soit valablement constituée, que les conditions de droit commun soient observées, c'est-à-dire celles qui concernent le consentement et la capacité

des parties, l'objet de la société, la participation aux bénéfices et aux pertes.

Ces règles ne présentent, en ce qui concerne l'association en participation, rien de particulier. Si dans tous les cas certaines questions ont pu s'élever notamment à l'égard de la capacité pour la femme mariée d'entrer en société avec un tiers sans autorisation maritale, tout au moins en temps qu'il s'agit de ses biens réservés (1), elles ne se posent point spécialement à propos de l'association en participation. Le défaut de personnalité morale de l'association en participation ne doit pas être pris en considération ici. Si l'association n'existe pas au regard des tiers, il n'est pas contestable néanmoins qu'elle existe au regard des associés, dans leurs relations internes, au point de vue desquelles nous nous plaçons seulement maintenant.

Il est cependant une question ayant trait aux règles de constitution qui demeure particulière aux associations en participation.

Il arrive parfois qu'une association en participation, c'est-à-dire les membres participants de l'association, émette des parts bénéficiaires, au nom de l'association. La création de tels titres est-elle régulière et légitime ?

C'est là une question actuellement très controversée, sur laquelle jurisprudence et doctrine demeurent très

(1) V. M. Jobit, *L'association commerciale en participation*, th. Paris, 1912, p. 70 et suiv.

divisées, sans qu'il paraisse que l'accord doive se faire, encore, de longtemps.

La Cour de Paris, conformément à une jurisprudence antérieure (1), a très nettement déclaré et jugé qu'une association en participation ne pouvait délivrer aucun titre quelconque (et c'est ce qui nous permet d'examiner le problème sans préciser la nature même de ces titres) et cela, uniquement parce qu'elle était dépourvue de personnalité morale. « Considérant, dit la Cour, que cette création de parts bénéficiaires au porteur était nulle puisqu'elle émanait d'une participation qui, en tant que société, n'avait pas de personnalité juridique, et n'était pas capable d'agir ni de contracter ; que si l'association en participation n'est point assujettie à des règles particulières de forme et de publicité, c'est qu'elle a pour caractère essentiel d'être occulte et sans intérêt pour les tiers qui traitent avec le gérant en son nom personnel et qui n'ont que lui pour obligé.... » (2).

Cette argumentation a paru douteuse à certains auteurs, et la conséquence, que la Cour de Paris tire du défaut de personnalité, excessive.

Tout d'abord on pourrait concevoir que le gérant lui-même émette des titres, qui par exemple seraient des obligations, en son nom personnel. C'est là une faculté qu'en Italie la jurisprudence a eu l'occasion de

(1) Cass., 12 juillet 1842, S. 42.1.595.

(2) Paris, 8 janvier 1900, S. 03.2.185.

lui reconnaître ou tout au moins de reconnaître à un individu (1).

Mais, même sans s'attacher à cette hypothèse, qui pourrait être écartée du fait que, fréquemment, les titres sont présentés comme émanant de l'association en participation elle-même, on peut admettre que ces titres émanent réellement et valablement de cette association.

Des titres représentant,¹ pour ceux auxquels on les délivre, une part de copropriété dans un fonds commun peuvent être valablement constitués et transmis au regard des coassociés, c'est-à-dire des copropriétaires, sans que, pour cela, il faille que la société ou le groupement qui les délivre ait une personnalité juridique conditionnée par la publicité nécessaire.

Les associés à l'égard des autres co-associés ne sont pas des tiers. Dans leurs relations internes, et, au point de vue purement intime, la société peut émettre ces titres sans qu'elle ait pour cela la personnalité morale (2).

Simplement, la société n'existant pas au regard des tiers, les souscripteurs n'auront pas cette qualité au regard du public ; mais cette qualité, ils peuvent l'avoir, très naturellement, au regard de leurs co-associés, copropriétaires comme eux. Cette émission pourrait donc

(1) Cass. Turin, 16 juillet 1897, et Cass. Rome, 1^{er} février 1898, S. 99.4.13.

(2) Cf. Wahl, note S. 1903.2.186, 3^e col.

être valablement effectuée, et il ne paraît pas qu'elle porte en soi des causes absolues de nullité.

Mais l'émission de titres par une société en participation se présente quelquefois avec une apparence un peu différente. Il peut arriver que la société se constitue directement et immédiatement par la création exclusive de titres négociables, donnant droit à leurs titulaires, à la fois, à la propriété et à l'administration du fonds commun.

Cette formule de société ne paraît pas non plus se heurter à aucune condition spéciale de nullité. Aux termes de l'article 48 du Code de commerce, les sociétés en participation peuvent se constituer avec la proportion d'intérêts qu'il conviendra aux parties de déterminer. Cette proportion peut très bien être, en conséquence, celle de l'égalité, et les droits de chaque participant peuvent également, très exactement, se concrétiser dans un titre matériel. Enfin aucun obstacle ne paraît s'élever non plus contre la négociabilité du titre, puisque toute société quelconque peut créer des titres négociables (1).

La Cour de Paris, aussi, a-t-elle reconnu la validité d'une telle constitution (2), mais le tribunal de la Seine l'a condamnée (3). Cependant les arguments pour les-

(1) Rennes, 26 février 1897, sous Cass., 13 juillet 1868, S. 68.1.649.

(2) Paris, 24 décembre 1898, *Rev. de soc.*, 1902, p. 281.

(3) Trib. com. Seine, 11 décembre 1901, *Rev. des Soc.*, 1902, p. 370.

quels cette condamnation a été prononcée ont été heureusement critiqués par M. Wahl (1).

Le tribunal déclare, en effet, tout d'abord, que la société en participation n'étant pas une personne morale ne peut avoir de fonds commun. Et c'est sans doute là une erreur, car si le défaut de personnalité fait obstacle à ce que les biens composant le patrimoine social appartiennent à une personne unique, distincte des membres individuels, elle ne saurait empêcher que les biens puissent être la co-propriété des divers membres de l'association.

Quant à l'impossibilité où serait l'association à raison de son caractère occulte, de créer des titres négociables, c'est une autre erreur, sur laquelle le tribunal appuie encore son argumentation. En effet, comme le fait remarquer M. Wahl, cet argument réside dans une confusion. Ce n'est pas l'association, inexistante, qui crée les titres : ce sont les diverses personnes qui entrent en relations d'affaires. Et cela est particulièrement évident, puisque la création des titres est généralement réalisée, avant même que l'association soit constituée, au cours de la période préparatoire.

Mais le tribunal s'est laissé surtout impressionner par un argument d'opportunité. Valider une telle combinaison serait, a-t-il dit, permettre à de véritables sociétés par actions de se constituer sans observer au-

(1) Wahl. *op. cit.*

cune des formalités protectrices et en échappant aux sanctions rigoureuses de la loi du 25 juillet 1867.

Cet argument peut paraître d'autant plus sérieux que les titres que délivrent, en pareil cas, les associations en participation doivent bien être considérés comme des actions, et non point comme des parts bénéficiaires seulement, comme il est dit par la Cour de Paris dans son arrêt précité du 8 janvier 1900.

La part de fondateur, quand elle existe, n'existe jamais seule ; elle est toujours créée et elle existe concurremment avec d'autres titres, qui représentent des parts sociales, dont les titulaires doivent être de véritables actionnaires. Les parts de fondateur ne sont pas comprises dans le capital social et, d'autre part, elles ne donnent droit qu'à une portion des bénéfices. Aucun de ces deux caractères n'appartenait aux titres, créés par la société en participation, et dès lors, on ne peut voir dans les titres créés par elle, dans les espèces envisagées par la jurisprudence, des parts bénéficiaires. Les porteurs de ces parts dans ces espèces, ne peuvent être considérés que comme des actionnaires, car ils avaient tous les droits dans la société, droit aux bénéfices et droit au partage du fonds social.

La fraude toujours possible et certainement à redouter doit-elle faire néanmoins obstacle à ce que l'association en participation se constitue sous la forme d'une société par actions, toute question de publicité étant mise à part ? C'est en somme à cela que revient la ques-

tion précédemment posée (1). La loi du 24 juillet 1867 ne peut être invoquée en sens contraire, car cette loi ne fait nullement obstacle à ce que d'autres sociétés que la société en commandite ou la société anonyme utilisent la forme des actions, et la division de leur capital en parts égales. Ce que peut à coup sûr faire une société civile, pourquoi une société en participation ne pourrait-elle pas le faire aussi? Cela même doit être admis avec d'autant plus de facilité que les formalités de la loi de 1867, auxquelles l'association en participation peut ainsi se soustraire sont des formalités toutes inspirées par l'intérêt des tiers et que l'association en participation n'a pas d'existence à leur égard.

(1) Voir dans le sens de l'affirmative : Poulle, *Tr. théor. et prat. des assoc. comm. en partic.*, n^{os} 313, 314 ; Wahl, *Tr. théor. et prat. des titres au porteur*, L. I, n^o 516 ; de Pelsmaeker, *Des assoc. comm. en partic.*, n^{os} 38 à 42. — *Contra* : Houpin, *op. cit.*, L. I, n^o 280 ; Rousseau, *Des soc. comm.*, L. II, n^o 3021,

CHAPITRE II

DE LA PREUVE DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

Le régime de la preuve en matière d'association en participation est assez caractéristique. Ce régime que l'on pourrait cependant, à première vue, considérer comme exceptionnel, n'est en réalité que la résultante de l'application du droit commun en matière commerciale. Du fait que le régime de la preuve, en matière de sociétés, est lui-même exceptionnel au droit commun commercial, l'exception que la loi lui apporte au profit des associations en participation n'a pas en réalité d'autre conséquence que de faire retomber les associations sous l'empire de ce droit commun.

En vertu des règles qui lui sont propres, la société, dès lors qu'elle dépasse en intérêt 150 francs, ce qui est, peut-on dire, les cas unique, ne peut en général être prouvée que par écrit. On discute même si la condition de l'acte écrit ne serait point édictée *ad solemnitatem* et non pas seulement *ad probationem* ce qui aurait des conséquences importantes. Tout d'abord, la société, si l'acte écrit était exigé *ad solemnitatem* et non pas seulement *ad probationem*, ne pourrait pas être prouvée par témoins, même lorsqu'elle porterait sur un intérêt in-

férieur à 150 francs, et d'autre part, dans le cas où il s'agirait d'une société engageant un intérêt de plus de 150 francs, les modes de preuve exceptionnels, comme l'aveu et le serment, ne seraient plus admissibles.

Mais, l'examen de cette controverse ne doit pas nous retenir, car le régime des preuves en matière d'association en participation est, comme nous l'avons indiqué, exclusif de ces règles propres aux sociétés et conforme au droit commun commercial, qui consacre, tout au contraire, le régime de la liberté de la preuve.

L'article 49 du Code de commerce décide en effet, contrairement à l'article 41, que la preuve de l'association en participation pourra être faite pour la représentation des livres, de la correspondance, ou même par la preuve testimoniale si le juge estime que cette preuve peut et doit être admise (1).

Il n'y a pas lieu en effet, ici, de sauvegarder l'intérêt des tiers puisque la société demeure occulte et qu'elle peut et doit demeurer ignorée du public.

D'autre part, le plus souvent, la société est une société momentanée. Quelle que soit donc celle des particularités de l'association en participation à laquelle on s'attache pour la caractériser, on constate que cette particularité légitime l'absence d'acte écrit, et l'application de la preuve testimoniale.

Du reste l'énumération de l'article 49 n'est nullement

(1) V. d'ailleurs, Cass., 8 janvier 1906, *Pand. fr. pér.*, 1906, 1.297.

limitative, ce qui laisse, à coup sûr, place à d'autres moyens de preuve que ceux qui y sont mentionnés. Il arrivera cependant très souvent en fait que les parties aient rédigé un écrit pour constater leurs conventions. Quelle est alors l'efficacité de cet écrit ? Quelles sont les conditions qu'il doit remplir ?

Quant au premier point, certains auteurs ont émis l'opinion que la rédaction d'un écrit était, par elle-même, exclusive de l'association en participation. Dès lors que les parties auraient constaté par écrit leurs conventions, elles devraient être considérées comme ayant voulu constituer une véritable société, soumise aux règles ordinaires des sociétés commerciales, douées de personnalité morale. Mais cette conclusion est certainement excessive, et la rédaction d'un écrit peut très bien n'avoir été voulue par les parties que pour aider à la preuve de leurs conventions sans ôter par là même à ces conventions le caractère d'association en participation.

La réponse à la deuxième question dépend évidemment de celle qui est faite à la première. Dès lors que la rédaction d'un écrit n'est point exclusive de l'association en participation, cet acte doit demeurer évidemment placé sous l'empire du droit commun en matière de preuve commerciale, et partant il ne saurait être question de lui appliquer les exigences de l'article 1328 du Code civil, notamment en ce qui concerne la certitude de la date. Aussi bien la date certaine n'est

exigée que dans l'intérêt des tiers : les tiers ici sont désintéressés, l'acte ne pouvant leur être opposé.

Mais, par contre, cet acte doit produire tout son effet probatoire au regard des parties, et, dès lors, à ce point de vue, il doit être soumis à la condition du *double original* ; il doit être rédigé en autant d'exemplaires qu'il entre de participants dans l'association ; la Cour de Colmar, de très bonne heure, l'a décidé ainsi par des attendus qui ne peuvent laisser aucun doute sur la valeur de cette solution, qui pourtant a été discutée par quelques auteurs (1). « Attendu, dit la Cour (2), que, même en matière commerciale ou dans toute autre où les parties auraient pu contracter valablement, dès qu'elles ont adopté une autre forme d'obligation, elles se sont soumises à toutes les conditions requises par la loi pour la validité de la sorte d'acte qu'elles choisissaient pour constater leurs obligations. » Il est vrai que, si l'acte ne pouvait valoir comme tel, à raison de la non-observation de la formalité des doubles, du moins pourrait-il être retenu, à titre de commencement de preuve par écrit.

Toutefois, étant donnée l'application ici du droit commun commercial et l'exclusion des articles 1341 du Code civil et 41 du Code de commerce, aux termes desquels, lorsqu'un acte écrit a été dressé, les parties ne

(1) Alauzet, *Code de commerce*, n° 418.

(2) Colmar, 28 avril 1816, *D. R. A.*, n° 1640, S. 17.2.408. — V. *contrà*, Turin, 30 mai 1810, *D. A.*, 9.356.

peuvent rien prouver outre et contre le contenu de cet acte, la solution que consacrent ces articles doit être écartée. En effet, les parties étaient libres de ne pas rédiger d'acte de société ; si elles en ont rédigé un, il ne faut pas que la précaution qu'elles ont prise se retourne contre elles, et, dès lors, on doit leur laisser la faculté de remanier les dispositions de leur acte de société, et, aussi, de faire par tous les moyens la preuve de ces remaniements malgré les indications contraires de l'acte de société.

En l'absence d'acte écrit, la preuve peut être admistrée à l'aide des livres de commerce de l'une ou l'autre des parties et, aussi, à l'aide de leur correspondance. L'utilisation de ces divers modes de preuve, particulièrement fréquente, n'appelle, par contre, aucune observation. Elle est d'ailleurs formellement consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation (1).

La preuve testimoniale est formellement prévue par l'article 49 du Code de commerce, et elle est admise dans tous les cas, sans aucune condition particulière mise à son admissibilité, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait eu un commencement de preuve par écrit. Sous le régime de l'ordonnance de 1673, il en était autrement ; mais la discussion, au cours des travaux préparatoires, ne peut laisser aucun doute sur ce point, et la faculté d'admettre, dans toute hypothèse,

(1) V. Cass., 8 janvier 1906 précité.

purement et simplement la preuve testimoniale, résulte clairement du rejet de l'amendement de Treilhard (1). Cependant, cette preuve testimoniale n'est jamais un droit pour les parties ; elles ne peuvent pas l'imposer au tribunal ; les juges sont libres d'apprécier si cette preuve peut ou non être admise (2).

De ce que la liste fournie par l'article 49 n'est point considérée comme limitative, il faut conclure d'autre part que tous autres moyens de preuve pourraient utilement être invoqués ici, et notamment les présomptions de fait, dès lors qu'elles seraient précises, graves et concordantes (3), ou le serment (4), ou encore l'aveu (5).

Mais à qui ces divers modes de preuve sont-ils accessibles ? Cette preuve peut-elle être administrée par des tiers ? On peut tout d'abord se demander quel intérêt pourront avoir les tiers à faire la preuve d'une association en participation. L'association étant occulte et ne produisant aucun effet contre les tiers, quel intérêt

(1) Locré, t. XVII, p. 193 et suiv. ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, t. II, n° 1055.

(2) C'est dans ce sens tout au moins que la jurisprudence prend les termes de l'article 49 : « si le tribunal juge qu'elle puisse être admise », et cette admissibilité lui apparaît dans les cas où « les faits articulés présentent un caractère de gravité et de pertinence tel que, s'ils étaient établis, il y aurait preuve acquise de la participation alléguée ». V. Cass., 29 avril 1890, *Rev. des soc.*, 1892, p. 10.

(3) V. en ce sens Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, t. II, n° 1055 ; Cass., 20 juin 1881, S. 84.1.30 ; Cass., 29 avril 1890 précité.

(4) Cass., 30 juillet 1862, S. 63.1.136.

(5) Cass., 30 juillet 1862, précité.

ceux-ci peuvent-ils avoir à établir, par exemple, que derrière la personne du gérant, avec lequel, seul, ils traitent en nom, se dissimule une participation? Ces tiers n'ont pas d'action directe à exercer contre la participation.

Evidemment non, tout au moins, dans les conditions normales. Mais nous savons que dans certains cas cette action directe des tiers contre le membre de l'association en participation devient possible. C'est, en premier lieu, lorsque l'un des participants a fait des actes d'immixtion, s'est révélé au public, hypothèse dans laquelle l'action du créancier contre le membre participant avec lequel il a traité, devient nécessaire. De même, les tiers peuvent avoir, dans certains cas, intérêt à exercer contre le participant, l'action *de in rem verso*, pour le poursuivre directement dans la mesure où il a tiré parti et profit, personnellement, de l'opération faite par la participation.

Mais dans ces deux hypothèses, il ne paraît pas très clairement, à vrai dire, que la preuve de l'association en participation, soit directement nécessaire. Ce que doit exactement prouver le créancier pour triompher dans son action, c'est que le tiers contre lequel il agit, s'est comporté comme un débiteur personnellement ; est intervenu directement dans la gestion de l'entreprise, dans la conclusion des contrats.

Dans le cas où il voudra exercer contre lui l'action *de in rem verso*, il devra faire la preuve de l'enrichisse-

ment du défendeur et cette preuve seulement, entièrement indépendante, comme on le voit, de la preuve de l'association en participation en soi.

C'est plutôt dans une troisième hypothèse que cette preuve de l'association pourrait être utile ; c'est-à-dire lorsque le créancier du gérant de la participation voudra exercer contre les participants, par la voie oblique, l'action qui appartient au gérant contre les participants. Dans ce cas, en effet, il faut évidemment que le créancier fasse, d'abord, la preuve de l'existence de cette créance, et, pour cela, la preuve de l'existence de l'association en participation.

Comment donc le tiers pourra-t-il faire cette preuve ? Il n'y a, semble-t-il, aucune raison valable de lui refuser le droit de faire cette preuve par témoins. On a voulu lui interdire cette faculté en invoquant la maxime : « *frustra probatur quod probatum non relevat* ». Mais cette maxime ne tient nul compte des hypothèses que nous venons de préciser et dans lesquelles, justement, l'intérêt des tiers peut apparaître. Aussi ne faut-il pas hésiter à admettre ici la preuve testimoniale (1).

Lorsque la preuve du contrat a été administrée, elle peut être accueillie de façon différente par les juges : ceux-ci ont-ils un pouvoir souverain en cette matière, ou bien doivent-ils être soumis au contrôle de la Cour de cassation ?

(1) Pont, *Tr. des soc. comm.*, n° 1815 ; Alauzet, n° 418 ; Paris, 19 avril 1833, *D. R. A.*, n° 1638 ; Nancy, 3 février 1848, *S.* 48.2.183.

Cette question nous semble devoir être résolue par une distinction. S'il s'agit de la constatation même des faits desquels on prétend induire l'existence d'une société en participation, nul doute que la constatation de ces faits ne relève, exclusivement, de la compétence des juges du fait, comme, d'ailleurs, la constatation du contrat révélant certains caractères résultant de ces faits. Mais là nous semble devoir, très certainement, s'arrêter le pouvoir absolu du juge du fait.

Il ne faut pas aller plus loin et, dès lors qu'il s'agit de qualifier ce contrat et de lui reconnaître ou de lui refuser les traits de la participation, il faut décider que le dernier mot demeure à la Cour de cassation. C'est, au premier chef, une question de droit. Et cependant la jurisprudence de la Cour de cassation s'est longtemps prononcée en sens contraire (1). Il semble cependant que certains arrêts nouveaux de la chambre des requêtes puissent être invoqués dans le sens d'un revirement (2).

(1) V. Cass., 8 juillet 1879, S. 81.1.317 ; 21 mars 1876, S. 79.1.454 ; 26 avril 1879, S. *ibid.*

(2) Comp. not. Cass., 28 avril 1903, *Gaz. Pal.*, 26 juin 1903 ; *Gaz. Trib.*, 4 septembre 1903.

CHAPITRE III

DES RELATIONS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX.

Si l'association ne constitue pas une personne morale au regard des tiers, elle ne constitue pas non plus une personne morale au regard des associés ; de même que les tiers ne peuvent, en principe, traiter qu'avec le gérant qui demeure leur unique contradicteur, c'est de même avec le gérant seul que chaque associé, en principe, doit entrer en relation. De telle sorte que, après avoir vu l'étude du fonctionnement externe de l'association se ramener à l'étude des relations des tiers et du gérant, nous allons voir l'étude du fonctionnement interne se ramener à celle des relations des associés et du gérant.

Cependant, avant de les examiner, il faut d'abord résoudre un problème auquel le défaut de personnalité de l'association donne une acuité toute particulière. Ce problème, c'est celui de la condition juridique de l'apport réalisé par chacun des associés participants.

A. — *Condition juridique de l'apport.* — On peut évidemment concevoir que les associés n'aient effectué aucun apport, du moins au début de l'entreprise. En pareil cas, l'association ne révélera son existence qu'au

moment de la liquidation de l'entreprise qui fait l'objet de cette association. Le commerçant qui a géré, uniquement avec ses propres ressources, une entreprise dont les résultats dépassent ses moyens personnels et lui paraissent trop lourds peut en effet s'adresser à des associés en participation seulement au moment de la liquidation et pour les besoins de cette liquidation. Mais le plus souvent, en réalité, chacun des participants effectue, dès le début de l'entreprise, une mise de fonds. Il peut y avoir dans la société en participation, comme dans toute société, une mise, un apport commun, comme il y a l'*affectio societatis*, comme il y a la contribution aux bénéfices et aux pertes. Mais quelle va être la condition juridique de cet apport, durant l'existence de la société ?

Il est difficile de le dire d'une manière très précise, la question peut, dans tous les cas, être résolue, théoriquement et même pratiquement, de façons très différentes. Ce problème peut aisément être résolu lorsqu'il s'agit d'une société soumise à la publicité, ayant la personnalité morale. On admet en effet que chacun des associés aliène la propriété de son apport, au profit de la société, personne morale, qui en devient propriétaire ; la société personne morale se trouve ainsi à la tête d'un patrimoine personnel, composé des apports individuels de chacun des associés et sur lequel les créanciers sociaux peuvent réclamer, on le sait, un droit exclusif, à l'égard des créanciers personnels des associés.

Mais, avec l'association en participation, une telle solution est impossible ; l'association ne constitue pas une personne morale, au profit de qui l'apport de chacun des associés puisse être aliéné. Dès lors que va devenir cet apport ? On peut concevoir pour lui, plusieurs conditions juridiques : ou bien l'apport sera transmis au gérant de la participation, personnellement, de telle sorte que le gérant en devienne propriétaire, — ou bien, il deviendra la copropriété par indivis de tous les associés participants, — ou bien enfin même, on peut concevoir qu'il demeurât la propriété personnelle de l'associé qui effectue cet apport.

Cette question ne peut, à vrai dire, se poser véritablement avec le caractère de difficulté que dans le cas où l'apport ne consiste point en des choses fongibles, telles que de l'argent ou des denrées : dans cette hypothèse, évidemment, les choses fongibles, apportées par les associés, doivent, nécessairement, devenir la propriété du gérant qui, seul, a qualité pour en disposer, et ne peut le faire, sans cela, sauf à lui de payer une égale quantité de marchandises, de même valeur, à ceux qui en ont effectué l'apport.

Mais lorsque l'apport consiste en un corps certain, la difficulté subsiste entièrement.

La théorie en vertu de laquelle l'association en participation constituant une société dépourvue de personnalité morale, entraîne pour l'apport commun un état nécessaire d'indivision, est celle à laquelle on pourrait

songer le plus naturellement. Elle a, en effet, été soutenue (1), mais elle ne paraît pas avoir jamais eu beaucoup de succès. C'est pourtant la solution qui paraît devoir être la plus normale, la copropriété étant la situation juridique qui se rapproche le plus de l'état de société, alors surtout qu'il s'agit d'une société entièrement dépourvue de personnalité morale.

En faveur de l'opinion, diamétralement opposée, en vertu de laquelle les biens apportés par les associés deviendraient la propriété personnelle du gérant, et qui, au premier abord, est certainement beaucoup plus surprenante, on peut invoquer un argument tiré de l'exemple de la loi allemande. C'est la solution que donne Cosack (2) sous l'empire du Code de commerce de 1897.

Mais cette opinion encore n'a pas été accueillie par la jurisprudence, ni par la doctrine française. Les auteurs français se rallient à un système tout autre qui est le troisième que nous avons énuméré, celui en vertu duquel l'apport effectué par chacun des participants est et demeure sa propriété personnelle tant que cet apport n'a point été utilisé pour les besoins de l'entreprise et transformé par le gérant. C'est très nettement l'opinion défendue par MM. Lyon-Caen et Renault (3) et

(1) Paris, 22 décembre 1865 et 10 mai 1870, *Journ. Trib. comm.*, 1866, p. 5 et 1871, p. 112.

(2) Cosack, *Tr. élém. de dr. comm.*, trad. Mis, p. 545.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, t. II, p. 899.

par M. Thaller (1). C'est d'ailleurs là un système qui présente surtout des avantages en matière de faillite ; dans le cas où le gérant tombe en faillite, chacun des participants a la faculté de revendiquer les biens composant son apport, dont il est demeuré propriétaire, sans en être réduit à un simple dividende. Et, d'autre part, cette solution a, en somme, pour résultat d'identifier à peu près exactement les deux formes d'association en participation auxquelles nous avons fait allusion : que la participation se constitue avec l'aspect qu'elle avait primitivement toujours, c'est-à-dire entre deux personnes dont l'une dirige entièrement l'entreprise, objet de la société, et pourvoit à cette gestion avec les ressources uniques de son patrimoine, sauf à faire contribuer, après liquidation de l'entreprise, le participant aux bénéfices et aux pertes, ou qu'elle se constitue, ainsi qu'il arrive plus fréquemment aujourd'hui, entre plusieurs associés qui fournissent, dès le début même de l'entreprise, des apports égaux, confiés à l'un d'entre eux, qualifié de gérant, avec mission d'affecter les biens ainsi apportés à l'entreprise qui constitue l'objet de l'association.

Dans un cas comme dans l'autre, les divers associés demeurent entièrement indépendants jusqu'au jour de la liquidation ; ils conservent la propriété de leur apport. Les effets internes de l'association sont reportés

(1) Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, p. 274.

au jour même de la liquidation, et ces effets ne se réaliseront partiellement, et successivement, à l'égard de chacun des associés qu'au fur et à mesure que leur apport est effectivement utilisé par le gérant, employé par lui pour le fonctionnement de l'association. Ce système, de ce chef, présente donc certains avantages qui auraient pu devoir le faire adopter généralement. Mais, ce n'est en réalité là qu'une illusion, et ces avantages sont moins réels qu'on pourrait le croire à première vue.

Tout d'abord, ces avantages ne se réalisent pas, en pratique, dans la majorité des cas, lorsque les apports effectués par chacun des participants sont des apports en choses fongibles et que ces apports ont été effectués au début même de l'entreprise. Dans cette hypothèse, en effet, de toute nécessité, l'apport devient la propriété du gérant, qui doit seulement une égale quantité, jusqu'au moment où cet apport a été absorbé par les besoins de l'entreprise.

D'autre part, lorsque tous les associés n'ont pas effectué un apport identique, lorsque celui effectué par l'un d'entre eux comprend des choses fongibles, alors que celui de l'autre est un apport en nature, ou de corps certains, ce régime crée entre les divers associés une **inégalité** qui est essentiellement opposée à l'esprit même, fondamental de la société ou de l'association, et dont les conséquences s'accusent tout particulièrement, au moment de la faillite du gérant, si cette faillite vient à être déclarée.

Un résultat analogue se produit encore, ou plus exactement une modification très grave peut être apportée à la situation juridique faite à l'associé, par l'application de ce système, lorsque les marchandises, qui font l'objet en nature de l'apport de l'un des associés, viennent à être vendues par le gérant. Dans cette hypothèse, par le fait même de la vente, l'associé qui, jusqu'à la vente, était demeuré propriétaire de son apport, va n'être plus que créancier du prix, vis-à-vis du gérant, auteur de la vente.

Aussi, pour éviter un tel résultat et pour maintenir dans tous les cas l'égalité entre les associés en leur réservant dans tous les cas la propriété de leur apport, jusqu'au jour sinon de la liquidation, du moins du jour où leur apport a été employé pour les besoins de l'entreprise, certains auteurs (1) ont-ils voulu avoir recours, ici, à la subrogation réelle, et décider que, dans tous les cas, l'associé demeurera propriétaire des biens acquis à l'aide des fonds soit apportés directement par lui, soit provenant de la vente des biens ayant fait l'objet de son apport, les biens nouvellement acquis étant subrogés aux biens primitivement apportés.

Dans ses premiers arrêts, la Cour de cassation s'était prononcée en faveur de la propriété du gérant sur les apports des divers associés. C'est la doctrine, très nette,

(1) Dechezelle, *Des assoc. en partic.*, th. Paris, 1893, p. 37 et suiv. ; Julien Bonnetcase, *De la condition juridique de l'apport*, *Ann. de dr. comm.*, 1908, p. 23.

notamment de l'arrêt du 2 juin 1834 (1). Mais elle devait abandonner bientôt cette théorie pour se rallier à la théorie du maintien, à chacun des associés, de la propriété de son apport. Cette théorie du maintien, à chacun des apporteurs, de la propriété de ses biens, la Cour de cassation, et d'une façon plus générale la jurisprudence, lui donne une ampleur toute particulière. Elle admet, en effet, non seulement que chacun des associés conserve la propriété de son apport, mais encore que, chacun des associés, le gérant dans la plupart des cas, demeure également propriétaire, jusqu'au jour de la liquidation, des biens dont il s'est rendu acquéreur pour les besoins de l'association et pour son compte. Cette propriété demeure même, dans le cas où l'un des associés acquéreurs a expédié à l'un de ses co-associés une de ces marchandises que ce dernier détient ; ainsi, au cas de faillite du détenteur, comme on l'a fait remarquer, l'associé expéditeur a le droit de revendiquer les marchandises expédiées et non pas seulement de venir à la masse comme créancier du prix (2).

Toutefois cette exception est trop manifestement contraire à l'intention réelle des parties, trop manifestement contraire, également, à la conception même de

(1) S. 34.1.607. — *Adde*: Paris, 10 mai 1870, *Journ. Trib. comm.*, 1871, p. 112.

(2) V. not. Poitiers, 22 décembre 1887, S. 88.2.1, et la note de M. Lyon-Caen ; Cass., 27 juin 1893, S. 94.1.25 ; Cass., 5 février 1901, S. 1902.1.405 et la note.

l'association en participation pour qu'elle puisse être conservée intacte ; et on a pu signaler certains arrêts dans lesquels se marque une tendance vers une place plus large faite à la propriété commune (1). Cette tendance, on l'a constatée notamment dans un arrêt du 20 mars 1900 (2) où la Cour de cassation a reconnu que les fonds déposés dans une banque par le gérant d'une participation, en son nom personnel, devaient être considérés, nonobstant, comme la propriété commune des associés. Et l'on a pu citer encore dans le même sens un arrêt de la Cour de Paris en date du 27 juin 1905, qui valide une participation pour l'exploitation d'un journal, nécessairement copropriété de tous les associés.

Et c'est bien, semble-t-il, cette copropriété, avec d'ailleurs des nuances variables, qui doit être retenue comme réalisant, et représentant la condition juridique exacte de l'association, dont on limite vraiment à l'excès les effets, lorsqu'on les fait commencer seulement au jour où se liquide l'entreprise pour laquelle l'association a été formée.

D'ailleurs cette copropriété, qu'il est sans doute loisible aux parties d'écarter par une manifestation précise de volonté, explique seule la forme, sur laquelle, fréquemment, se constituent les associations en participation et notamment la délivrance par elles de titres

(1) Bonnecase, *op. cit.*, p. 24 et suiv.

(2) S. 1902.1.321.

négociables à leurs adhérents, délivrance dont la légitimité a fait l'objet de beaucoup de discussions et demeure encore incertaine. Néanmoins, la doctrine de la propriété individuelle des apports demeurant encore généralement défendue et accueillie par les arrêts, c'est en considération de cette doctrine que nous avons raisonné dans les matières où cette question de la condition juridique de l'apport était en jeu, et notamment dans l'étude des relations des associés et du gérant à laquelle nous arrivons maintenant.

B. — Au point de vue interne on peut dire que l'association en participation ne commence à se révéler et à produire son effet qu'au moment même où elle doit disparaître. Et ceci s'explique par son défaut de personnalité morale. Cependant si l'association ne constitue pas une personne morale, elle constitue une société entre les associés, et cette société c'est, dans les relations des associés entre eux, le gérant qui la représente. Or si les relations qui peuvent intervenir entre le gérant et les associés avant l'heure des règlements de comptes sont de peu d'intérêt et d'importance à côté de celles qui naissent à ce moment, cependant ces relations peuvent être conçues, et en fait elles ne sont point inexistantes. Ce sont celles qui naissent notamment à propos de la réalisation par chaque participant de son apport, et celles que font naître la collaboration, quelquefois requise et nécessaire, des associés participants aux

actes de disposition et d'aliénation émanés du gérant.

Tout d'abord en effet, et d'après tout au moins les termes de la convention qui, sur ce point, comme nous l'avons dit, peuvent varier, chacun des associés est tenu d'effectuer son apport, et cette obligation doit être menée à exécution par l'intermédiaire du gérant qui seul a qualité à cet effet. Mais le gérant ne peut demander à chacun des associés que le montant de son apport personnel. Il ne peut nullement considérer les divers associés comme des débiteurs solidaires et notamment demander à l'un d'eux seulement la totalité de la somme nécessaire (1).

D'autre part les associés sont quelquefois appelés à collaborer avec le gérant, ou tout au moins à approuver les actes d'administration et de disposition consentis par ce gérant. Sans doute d'une manière générale le gérant a les pouvoirs les plus larges d'administration et même de disposition, et la liberté qui lui est laissée est, en général, considérable. Mais il n'en demeure pas moins que l'associé peut se réserver un droit de contrôle et même exiger que son concours soit nécessaire. Tout au moins dans le cas où ils veulent éviter d'être victimes d'une immixtion qui pourrait les engager vis-à-vis des tiers, les associés peuvent demander à être consultés, pour les actes graves, qui demeureront nuls à leur égard, si le gérant a passé outre à cet

(1) Cass., 8 juillet 1887, S. 89.1.252.

avis ou ne s'en est même pas préoccupé (1). Généralement d'ailleurs le gérant ne peut, sans approbation des participants, conclure de conventions de nature à altérer profondément la chose mise en participation, ni à détourner l'association de l'objet qu'elle s'était primitivement proposé (2). Dans tous les cas les associés auraient contre le gérant une action en dommages-intérêts, pour le cas où il aurait abusé ou mésusé de ses pouvoirs en dissipant l'apport mis à sa disposition.

Mais ces rapports se ramènent à peu de chose et l'on a le droit de dire que les effets internes de l'association en participation se réduisent, assez exactement, aux actions que le gérant peut exercer contre ses co-associés pour les forcer à contribuer aux pertes et à celles que les co-associés peuvent exercer contre le gérant pour l'obliger à leur répartir les bénéfices après clôture de l'exercice et liquidation des affaires en cours.

D'autres questions, en effet, peuvent-elles se poser, antérieurement à cette date, qui méritent d'être examinées? Il ne le semble pas.

Lorsque le gérant, pour les besoins de la gestion de la participation effectue des achats, faut-il dire que les associés ont *ipso facto*, sur ces biens, et par le fait du

(1) V. Cass., 24 mars, S. 1903. 1.456.

(2) V. Trib. comm. Seine, 10 novembre 1884, *Journ. Trib. comm.*, 1885, p. 129; Trib. comm. Nantes, 12 août 1885, *Rec. Nantes*, 1886. 1.261.

contrat de participation, quelque droit de propriété ? Ce droit leur est généralement refusé, à raison du caractère essentiellement individuel des opérations en cours, en matière de participation.

Cependant, ici, il n'est point question de faire réagir les effets du pacte d'association contre les tiers. Les questions que nous examinons se posent dans les relations des co-associés et dans le domaine de ces relations seulement. On ne peut, semble-t-il, faire ici abstraction du contrat même de participation. Aussi, faut-il ne pas hésiter à reconnaître que les termes du contrat, quoique non publié, pourront permettre la naissance automatique et immédiate de ce droit de copropriété (1).

Dans le domaine au point de vue duquel nous nous plaçons actuellement, la volonté des parties est toute puissante, et elle peut s'exercer en toute liberté sans rencontrer aucune résistance, aucun obstacle. C'est donc l'acte de société qu'il faudra consulter sur ce point et ses dispositions devront être suivies.

Quelquefois il faudra tenir compte de l'intention non exprimée, mais résultant tacitement de la nature même des conventions intervenues ; il en sera ainsi, notamment, lorsque le gérant devra être regardé simplement comme le commissionnaire de l'associé non gérant ; ceci résultera par exemple de ce que l'associé non gérant aura consenti à l'associé acheteur un droit de commission plus ou moins élevé.

(1) Trib. comm. Seine, 16 juin 1906, *Gaz. Pal.*, 6, 9 octobre 1906.

Cette intention de devenir immédiatement propriétaire pourra résulter encore de ce que, par exemple, les divers coassociés auront mis une somme en commun pour faire acheter, pour le compte de tous, des marchandises, par l'un seulement d'entre eux.

Du droit de propriété immédiate reconnu aux coassociés sur les marchandises achetées, il faut alors déduire toutes les conséquences normales au point de vue des risques, et, aussi, de la faillite du gérant. Elles sont identiques à celles que l'on doit adopter à l'égard des biens ayant fait l'objet de l'apport des associés, si l'on se rallie à la théorie de la jurisprudence admettant en la matière le maintien d'un droit de propriété aux associés jusqu'au moment où ces biens ont été effectivement utilisés par les gérants pour les besoins de l'association.

C'est donc au moment de la liquidation des opérations sociales que le contrat de participation va produire tout son effet. Mais à quel moment cette liquidation va-t-elle intervenir ? Normalement, elle doit se produire, semble-t-il, seulement au moment où les opérations, toutes les opérations qui constituent l'objet de la participation se trouvent terminées. Cependant on s'est demandé si l'on ne pouvait pas instituer ces comptes à des intervalles réguliers, sans attendre la fin de toutes ces opérations ?

Si l'on en croit certains auteurs (1), cette méthode ne

(1) Dupin, sous Rouen, 31 juillet 1845, D. P. 46.2.6.

pourrait être acceptée ; de ce que l'association en participation a un objet strictement limité à certaines opérations déterminées, il résulterait que, ces affaires étant en cours, la liquidation définitive ne pourrait intervenir au profit ou à l'encontre des associés. Mais, cette opinion, remarquons-le, s'attache à un critérium de distinction de l'association en participation qui n'est point, exactement, celui auquel la jurisprudence moderne semble se rallier. L'association en participation n'est plus, essentiellement et uniquement, l'association momentanée. C'est l'association occulte. Dès lors, son objet n'étant plus, nécessairement, en fait ni en droit limité à certaines opérations déterminées, la liquidation périodique et anticipée au profit des associés devient, peut-on dire, à la fois possible et nécessaire. Renvoyer, dans les participations de longue durée, le règlement des comptes et le remboursement des pertes à l'époque de la liquidation finale, serait opérer contrairement à tous les usages suivis dans les sociétés commerciales, contrairement à la prudence la plus élémentaire, et faire supporter souvent par un des associés un découvert qui doit peser sur tous. De même il est juste que les associés, pour lesquels la réalisation de l'apport constitue un sacrifice, recueillent périodiquement, s'il y a lieu, la compensation du sacrifice qu'ils se sont imposé.

C'est donc à des intervalles périodiques et réguliers, fixés par les conventions, que les parties auront à régler leurs comptes respectifs et qu'entre elles, par conséquent, se produisent les effets du contrat.

Supposons donc tout d'abord que les opérations commerciales soient en cours de réalisation, hypothèse normale. Le gérant devra rendre compte de l'emploi auquel il aura affecté les fonds qui auront pu lui être remis par les membres de l'association. Puis les comptes étant rendus, il devra remettre à chacun des associés la part de bénéfices qui lui revient, et dont ce dernier est certainement, vis-à-vis de lui, créancier. Si des bénéfices n'ont pas été réalisés, l'associé peut-il avoir droit tout au moins à un intérêt fixe de sa mise, de son apport ?

C'est là une pratique qui tend à se généraliser dans les sociétés anonymes. Les associés stipulent qu'outre la rémunération aléatoire à laquelle ils auront droit sous forme de répartition des bénéfices, c'est-à-dire qu'outre leur dividende, ils auront droit à un intérêt fixe du montant de leur apport. La validité de cette clause que l'on dénomme généralement « clause d'intérêt fixe » a été et demeure encore discutée en doctrine. La principale objection que l'on adresse à sa régularité est qu'elle équivaut, en réalité, lorsqu'elle fonctionne en l'absence de bénéfices, à une reprise partielle et dissimulée de l'actif social par l'associé au détriment des tiers, auxquels cet actif devrait être intégralement affecté comme gage. Une telle reprise ne devrait pouvoir avoir lieu qu'au moyen et sous la sauvegarde d'une publicité à la fois initiale et contemporaine de chaque répartition d'intérêts. Mais la jurisprudence n'hésite pas à en consacrer la validité, à condition toutefois que la clause en

question figure dans les statuts à l'article : frais généraux.

Une telle clause est-elle valable ici ? il ne peut y avoir aucun doute (1), quoique la question ne se pose pas exactement dans les mêmes termes à raison du défaut de personnalité morale qui caractérise l'association en participation. L'associé, en effet, ne se présente plus comme créancier de la société en concurrence avec les tiers : il n'effectue pas une reprise de l'actif de cette société, spécialement affecté aux créanciers, puisque : 1^o la société n'a pas d'existence externe et que 2^o elle n'a aucun patrimoine, annoncé, offert ou promis aux tiers traitant avec elle. Ce sera donc le gérant lui-même qui sera débiteur des intérêts, si ces intérêts ont été stipulés ; mais l'associé se comportera vis-à-vis de lui comme un créancier ordinaire, et il sera en concours avec les créanciers personnels du gérant.

C'est d'ailleurs en cette qualité qu'il viendra réclamer sa part de bénéfices ; il n'a aucun droit de préférence sur les biens du gérant, pas même sur ceux qu'il a apportés et dont le gérant est devenu propriétaire, ce qui se produit lorsque l'apport consiste en choses fongibles.

Cependant si l'associé créancier de sa part de bénéfices n'avait pas encore effectué son apport, nous voulons dire si l'apport de cet associé n'avait pas encore

(1) V. Rouen, 19 janvier 1844, S. 44.2.393.

été utilisé par le gérant, si par conséquent l'apporteur en était demeuré propriétaire, pourrait-il exercer le droit de rétention? Cette faculté ne nous paraît pas pouvoir lui être refusée. Nous sommes bien ici en présence du *debitum cum re junctum* exigé par la jurisprudence. Si l'apport est dû par l'associé, c'est bien en vue d'une répartition de bénéfices. Dès lors, aucune raison ne doit lui faire refuser ce droit.

Mais il peut arriver que l'exercice se soit clôturé par des pertes. Dans ce cas, c'est le gérant qui sera créancier des associés pour une contribution personnelle. Ici pourtant il faut distinguer et s'en rapporter surtout à la convention des parties. Si les associés ont effectué un apport, cet apport peut représenter leur part contributive maxima aux pertes résultant de l'association et de son fonctionnement. La réalisation par eux, de cet apport, peut vouloir signifier, et signifie en réalité souvent, qu'ils entendent limiter ainsi le chiffre de leur contribution, ne pas reprendre cet apport si les affaires sociales périclitent, mais, tout au moins, ne pas avoir à redouter une responsabilité plus lourde et plus étendue. Dans cette hypothèse le gérant, au cas de perte, pourra être libéré de toute obligation de restitution de l'apport, mais sera en même temps dépouillé de toute action en recours supplémentaire (1).

S'il résulte, au contraire, du silence des parties ou des

(1) V. Paris, 18 avril 1864, *Journ. comm.*, 1865, p. 85; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, L. II, n° 1065.

clauses adoptées par elles que les associés demeurent en l'absence d'apport effectué, ou nonobstant cet apport, personnellement tenus, le gérant aura contre eux une action en contribution. Mais cette action est-elle une action solidaire ou une action conjointe ? Cela peut avoir de l'intérêt non pas tant au point de vue de la faculté de demander à chaque associé la totalité de la contribution, ce qui est évidemment impossible, qu'au point de vue de la répartition du poids de l'insolvabilité individuelle de l'un des associés.

L'associé gérant doit-il seul en subir le contre-coup, ou bien la charge doit-elle en être répartie entre tous les associés ? La jurisprudence généralement adopte cette dernière solution, qui, à moins d'indication formelle en sens contraire, dans l'acte d'association, doit être présumée conforme à l'intention des parties (1).

A cela se bornent les relations des parties, lorsque la liquidation intervient avant la clôture définitive des opérations sociales. Mais, lorsque cette clôture est réalisée, et c'est la deuxième hypothèse que nous devons envisager, une autre question se pose : celle du partage du fonds social. Mais dans ce cas alors la question se confond avec celle de la dissolution et de la liquidation de l'association en participation, dont l'étude fait l'objet du chapitre suivant.

(1) Cass., 29 mai 1845, D. P. 45.1.349.

CHAPITRE IV

DE LA DISSOLUTION ET DE LA LIQUIDATION DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

Même sans vouloir se rattacher au système de la société momentanée, on peut dire que ce sera l'achèvement de l'affaire sociale qui déterminera le plus souvent la dissolution de l'association. Et lorsque l'on parle de l'achèvement de l'affaire sociale on fait allusion à tout mode quelconque d'achèvement, soit que l'affaire elle-même ait été menée à bonne fin, soit que le bien dont l'exploitation faisait l'objet ait péri (1).

La question de savoir si le décès de l'un des associés participants peut amener la dissolution de l'association est plus controversée.

Certains arrêts admettent l'affirmative d'une manière absolue et dans tous les cas (2) ; d'autres au contraire établissent une distinction. Le décès de l'un des associés pourrait déterminer la dissolution d'une association destinée à gérer un certain nombre d'affaires successives, de nombre et de genre indéfinis. Mais le décès ne

(1) V. pour la saisie et la confiscation d'un navire, Cass., 17 avril 1838, S. 38.1.845.

(2) V. Lyon, 10 août 1858, *Journ. trib. comm.*, 1859, p. 150.

saurait déterminer la dissolution d'une association constituée par une unique entreprise, tant que cette entreprise n'aurait point été menée à bonne fin (1). D'autres arrêts, au contraire, admettent que le décès de l'associé n'est jamais une cause de dissolution de l'association (2).

Mais toute hésitation sur ce point peut être écartée par la convention des parties ; les parties peuvent décider que l'association en participation continuera avec leurs successeurs. Cette clause est efficace et valable (3).

La dissolution peut encore résulter du consentement unanime des associés, et même de la volonté de l'un seulement d'entre eux, alors tout au moins que cette volonté de sa part ne s'exprime pas dans des circonstances exclusives de sa bonne foi (4).

Enfin le tribunal pourra prononcer cette dissolution à la requête de l'un des associés, pour un juste motif dont il a qualité pour apprécier la légitimité (5).

Dans tous les cas cette dissolution, que nous allons étudier maintenant dans ses effets après l'avoir envisagée dans ses causes, n'a point à être publiée. C'est qu'elle

(1) V. Bordeaux, 29 juillet 1897, *Journ. arr. de Bordeaux*, 1898.1.19.

(2) V. Rennes, 22 novembre 1860, *Journ. de jurispr. de Marseille*, 1861.2. 159.

(3) V. Cass., 1^{er} mars 1886, S. 89.1.467.

(4) V. Cass., 13 juillet 1868, *Journ. trib. comm.*, 1869, p. 299 ; Rennes, 4 janvier 1894, *Rev. des soc.*, 1894, p. 300.

(5) V. en sens divers : Paris, 9 février 1884, *Journ. trib. comm.*, 1884, p. 641 ; 7 février 1863, *ibid.*, 1863, p. 439.

n'intéresse pas les tiers qui ignorent l'association dont elle consacre la disparition.

C'est tout d'abord une première question de savoir s'il peut être question d'une liquidation proprement dite : la jurisprudence se refuse à y voir autre chose qu'un simple règlement de comptes (1) et n'accorde au pseudo-liquidateur, s'il est nommé, d'autre droit que de régler les comptes d'un participant à l'autre (2). Ce liquidateur n'aurait aucun droit, par exemple, à poursuivre l'un des associés en paiement de son apport demeurant encore dû (3). Cependant, quel que soit le nom qu'elle leur donne, la jurisprudence ne peut nier que des opérations de répartition doivent intervenir entre les associés (4). Ce sont ces opérations que nous allons étudier.

Tout d'abord qui va y présider et les réaliser ? C'est tout naturellement le gérant qui devra ici encore procéder au règlement de comptes (5), ce sera lui ou le syndic de sa faillite s'il est en faillite (6). Mais rien ne fait obstacle à ce que les associés désignent un tiers,

(1) V. not. Paris, 22 novembre 1888, *Rev. des soc.*, 1889, p. 4888 ; 6 mars 1890, *ibid.*, 1890, p. 255 ; Cass., 7 mai 1902, S. 1902.1.504.

(2) V. Cass., 7 mai 1902 précité.

(3) Bordeaux, 8 juillet 1889, *Rev. des soc.*, 1890, p. 139.

(4) V. Cass., 25 mars 1902, S. 1903.1.23 ; 9 février 1903, S. 1903.1.115.

(5) V. Pont, *Comment. théor. et prat. des soc. civ. et comm.*, t. II, n° 1938.

(6) V. Trib. comm. Seine, 12 novembre 1858, *Journ. trib. comm.*, 1859, p. 63.

sinon comme liquidateur, tout au moins comme chargé d'apurer les comptes (1). On ne voit guère en effet comment le pseudo-liquidateur pourrait jouer le rôle que l'on voudrait lui attribuer et exercer une action quelconque au nom de la société puisque la société, n'existe pas. Ces actions qui appartiennent à cette société ou tout au moins qui l'intéressent, ne peuvent être intentées que contre et par les participants chacun en droit soi.

Ce pseudo-liquidateur devra simplement arrêter les comptes de la participation, fixer les reliquats, réaliser l'actif, éteindre le passif, dresser un inventaire des opérations, en un mot préparer les opérations du partage. Comment donc le partage va-t-il se réaliser ?

Les associés qui par hypothèse n'auront point encore effectué leur apport, ou ceux qui en sont demeurés propriétaires parce qu'il n'avait pas encore été utilisé par le gérant, conserveront sans doute cette propriété (2). Cette solution est cependant combattue par la doctrine qui voudrait supposer ici un transfert de propriété résultant de l'obligation même d'effectuer son apport qui pèse sur l'associé (3). Quelle que soit la valeur de cette opinion, c'est pratiquement de la solution jurisprudentielle que nous devons tenir compte.

(1) V. Trib. comm. Marseille, 14 mai 1891, *Journ. de jurispr. de Marseille*, 1891.1.202.

(2) V. Cass., 22 décembre 1874, S. 75.1.104.

(3) V. Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, L. II, n° 1071 ; Poulle, *Tr. théor. et prat. des assoc. comm. en partic.*, n° 403, 404.

Que si les associés ne viennent point réclamer comme propriétaires la part qui leur revient, ils réclameront en qualité de créancier leur part dans l'actif social. Mais cet actif doit être constitué ou simplement augmenté des bénéfices actuellement réalisés, à l'exclusion, toutefois, de ceux qui présenteraient un caractère litigieux (1).

Mais de plus les associés qui, ayant déjà réalisé leur apport et dont l'apport aura été utilisé déjà par le gérant, ne viendront que comme créanciers de leur part, n'auront aucun droit de préférence à l'égard des créanciers personnels du gérant. On voit donc combien grave est la différence de situation des uns et des autres et quels inconvénients présente sur ce point la théorie jurisprudentielle de la propriété des apports conservée à l'associé.

(1) V. Cass., 20 mai 1874, S. 74.1.427 ; 1^{er} mars 1886, D. 87.1.65.

DEUXIÈME PARTIE

DES APPLICATIONS DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

CHAPITRE PREMIER

DÉTERMINATION DU DOMAINE D'APPLICATION DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

Etant donnés les traits caractéristiques de l'association en participation et les règles qui président à son fonctionnement, nous devons maintenant rechercher les principales applications que cette association a reçues ou reçoit à l'heure actuelle. Elle est en effet, comme nous l'avons indiqué, l'une des formes de s'associer à laquelle, en raison de sa souplesse, on a fréquemment recours. Cette souplesse et le caractère occulte de l'association permettent de réaliser, à l'aide de l'instrument qu'elle constitue, des combinaisons et d'obtenir des résultats auxquels nulle autre forme de s'associer n'aurait permis d'atteindre. Cependant on

s'est parfois mépris sur l'importance et la variété de ces applications de l'association en participation. On a présenté comme étant des succédanés ou des résultantes de l'association en participation des combinaisons dans lesquelles il est difficile, sinon impossible, de relever les traits caractéristiques de l'association ou de la société. Il nous faut par conséquent tout d'abord déterminer et délimiter le terrain spécifiquement réservé à l'association en participation, en recherchant si les combinaisons douteuses dont nous avons parlé, peuvent y être englobées ou si, au contraire, elles doivent en être exclues.

Ces combinaisons, dont la nature et le caractère sont douteux, se ramènent toutes en somme à la notion du procédé que l'économie politique dénomme : participation aux bénéfices, mais que l'on rencontre en pratique allié surtout au contrat de prêt et au contrat dit de travail.

A. De la participation aux bénéfices alliée au contrat de travail. — En raison de son nom même, on est involontairement porté à voir dans la participation aux bénéfices, une des applications de l'association en participation. Cette déduction superficielle ne résiste pas à l'examen.

La participation aux bénéfices permet à l'ouvrier de profiter de la prospérité de l'entreprise à laquelle il coopère et constitue l'une des tentatives récentes de solution du problème du salaire. Nous n'avons pas l'intention d'examiner ici la valeur économique d'une

telle tentative, ni de rechercher si elle doit être considérée comme un effort sincère du patronat pour l'amélioration de la condition des salariés ou au contraire comme un stimulant illusoire destiné à augmenter le rendement du travail. Ce n'est pas en effet à un point de vue économique que nous devons nous placer ; ce que nous voulons, c'est après examen des faits, c'est-à-dire en analysant le mécanisme de quelques organisations existantes de participation aux bénéfices, rechercher si les principes de l'association en participation l'ont inspiré et si l'on peut présenter ces organisations comme des applications, plus ou moins directes mais certaines, de l'institution que nous avons étudiée.

Or c'est justement ce défaut d'association véritable entre les intéressés qui constitue la principale des difficultés que rencontre, dans la pratique, l'institution de la participation aux bénéfices. Elle semble ne pouvoir fonctionner sincèrement et donner des résultats féconds, inspirer confiance aux parties que si elle est édictée, réellement, sur une association du patron et des ouvriers, sur une communion de droits et de risques, caractéristiques de l'état d'associé. Mais cet état d'associé, s'il fait encourir certains risques, confère aussi certains droits de contrôle et de surveillance, non moins caractéristiques, dont les patrons généralement redoutent l'exercice, qui leur paraissent intolérables et injustifiés et leur font repousser la participation à moins

qu'ils ne les conduisent à en modifier et à en fausser la physionomie.

Le cadre de l'association en participation, sincèrement et nettement adopté, ne permettrait-il pas ou ne permet-il pas de réaliser les desiderata de chacune des parties en présence, en donnant aux participants non gérants le droit de contrôle qui leur est nécessaire, tout en laissant au gérant une liberté d'allure et de direction absolument indispensable pour un chef d'entreprise qui assume toutes les responsabilités.

Comment donc fonctionne en pratique la participation aux bénéfices? Le plus généralement, il faut le reconnaître, dans les diverses tentatives d'application qui ont été faites, la prétendue participation aux bénéfices consiste simplement en une répartition d'une certaine somme, prélevée sur les bénéfices, calculée d'après les décisions du conseil d'administration de la maison ou de la société, entre certains anciens ouvriers auxquels on impose un stage préparatoire destiné à éprouver leur attachement réel à la maison. Certains règlements stipulent même que la répartition sera faite en tenant compte du zèle et de l'assiduité au travail. (C'est ce que l'on trouve notamment à l'article 3 du règlement de la participation individuelle de la Maison de Tissus de laine des Vosges au Thillot et à Trougemont (1) (Vosges): « La répartition sera faite entre les partici-

(1) V. Trombert, *Les applications de la participation aux bénéfices*, p. 59.

pants d'après un classement annuel établi en tenant compte de la production, du nombre d'années de présence, du zèle et de l'assiduité au travail ».)

Il y a là un élément d'appréciation laissé à l'arbitraire du patron, qui paraît de nature à créer, entre les ouvriers participants, une inégalité que l'on pourrait, au premier abord, considérer comme incompatible avec la notion de société.

Cependant le dogme de l'égalité des associés n'est plus, actuellement, un dogme intangible. La loi de 1903 lui a porté un coup mortel en admettant la création d'actions de priorité, et d'ailleurs il ne nous a point paru que l'égalité du chiffre de la participation fût une condition *sine qua non* de validité de l'association en participation.

Pourrait-on dire que serait peut-être plus directement contraire à la notion de société et même d'association en participation, la faculté laissée aux dirigeants de l'entreprise d'écarter certains associés ou plus exactement certains ouvriers de la participation aux bénéfices? Cette faculté est admise par certains règlements (Nous la constatons notamment dans les statuts de la maison Bréguet, 19, rue Didot, à Paris (1), dont l'article 2 stipule que l'attribution aux ouvriers de parts bénéficiaires ne donne droit à aucune indemnité au cas de renvoi du porteur et devient dans ces cas nulle et de nul

(1) V. Trombert, *op. cit.*, p. 255 et suiv.

effet pour l'exercice en cours, quelle que soit la date de sortie de la maison).

Elle n'est pas cependant incompatible avec la notion d'association en participation. En effet, si, d'une manière générale et sauf exception consacrée sous réserve de conditions protectrices, le personnel des sociétés doit être un personnel fixe, il ne semble pas que telle condition soit nécessaire à la validité et au fonctionnement de l'association en participation. Cela, en effet, d'abord parce que les associés n'ayant dans certains cas effectué aucun apport, leur retraite ne peut avoir pour conséquence de diminuer le fonds commun. Et, en second lieu, parce que les associés y sont ignorés du public qui n'a, dans aucun cas, affaire directement à eux, de telle sorte que leur retraite ne saurait diminuer les droits des tiers.

Et nous pourrions faire une observation identique à propos d'autres particularités de certains règlements de participation. Ainsi, d'après certains, l'association en participation ne peut servir de cadre et de base à la participation aux bénéfices, parce que, — et c'est alors à un point de vue inverse du précédent que l'on se place, — les ouvriers ne courent point en réalité le risque social. Ils n'effectuent aucun apport social et, d'autre part, ils touchent une rémunération fixe, entièrement indépendante de toutes les fluctuations de l'entreprise.

Mais l'une comme l'autre de ces critiques ne sauraient résister à un examen quelque peu approfondi. Il est

inexact de dire que les ouvriers ne font aucun apport social, car ils apportent tout au moins leur labeur et cela, au moins dans l'association en participation, peut évidemment constituer un apport valable. Il est inexact de dire qu'ils ne courent aucun risque social, car la rémunération qui leur est servie sous forme de salaire, au cas de participation aux bénéfices, n'est généralement qu'une rémunération partielle, le surplus devant être constitué par la répartition éventuelle des bénéfices.

Quelquefois d'ailleurs les parts bénéficiaires attribuées aux ouvriers comportent, en dehors de cette répartition éventuelle des bénéfices, un intérêt fixe qui doit leur être payé dans tous les cas, quel que soit le montant des bénéfices réalisés par l'entreprise. Cet intérêt fixe ne saurait enlever aux parts envisagées le caractère de parts sociales, car nous avons déjà vu que la clause d'intérêt fixe tendait à se multiplier dans les sociétés et notamment dans les sociétés par actions, et que la jurisprudence en consacrait actuellement la validité moyennant des conditions de publicité très simples.

Ce n'est donc ni l'incertitude de la répartition des bénéfices, ni l'inégalité entre le montant des diverses répartitions faites aux ouvriers, ni la faculté d'écarter certains ouvriers de la répartition, ni même, et dans un sens contraire, la fixité de la rémunération qui leur est payée sous forme de salaire, qui doivent faire re-

pousser toute adaptation de l'association en participation à la participation aux bénéfices.

Mais il est une considération à laquelle se heurte toute tentative sérieuse de participation aux bénéfices sur les bases de l'association ou de la société. Cette considération c'est le désir qui anime tous les dirigeants d'entreprise d'éviter toute intrusion, toute surveillance dans la direction intérieure de l'entreprise, toute ingérence de la part des ouvriers. Cette préoccupation de ne pas considérer leurs ouvriers, même participants aux bénéfices, comme des associés, c'est-à-dire comme des égaux ayant des droits sur le fonds social et une surveillance plus ou moins directe à exercer sur la gestion des affaires communes est évidente.

Sous une forme ou sous une autre, cette préoccupation se manifeste dans tous les règlements. Ainsi l'article 17 du règlement de la société anonyme des tissus de laine des Vosges, déjà cité, spécifie que : « la répartition annuelle aura lieu d'après les comptes approuvés par les actionnaires de la maison sans que les participants aient le droit de s'immiscer en rien dans les écritures », et l'article 19 ajoute : « Le chef de l'affaire ou son fondé de pouvoirs est seul juge de toutes les réclamations qui pourraient se produire tant pour le présent règlement que pour tout ce qui concerne les répartitions et les liquidations ». L'article II du règlement de la maison Sachs, à Aubervilliers, fait encore mieux apparaître le caractère purement gracieux et

partant arbitraire de la participation : « Le chef de l'entreprise se réserve expressément de faire cesser les effets du présent règlement dans le cas où il n'aurait pas lieu d'être satisfait du présent règlement », et il ajoute : « ne seront participants que ceux qui par leur conduite et par leur travail justifieront cette mesure ».

Et c'est ce souci évident de maintenir, entre le patron ou les dirigeants de l'entreprise et les ouvriers, un fossé infranchissable, c'est ce refus de collaboration et de tout droit de contrôle, c'est le maintien de cette part d'arbitraire au profit du patron, au détriment des associés ou des participants, toutes particularités pratiquement légitimées par la mentalité ouvrière d'une part, par les risques et les nécessités de la concurrence économique d'autre part, qui font obstacle, nous semble-t-il, à ce que l'on puisse voir dans cette participation aux bénéfices, telle qu'elle est comprise de nos jours, une application de l'association en participation.

En est-il de même de l'autre manifestation que nous avons signalée, de la participation aux bénéfices alliée au contrat de prêt ?

B. Combinaison du prêt et de la participation aux bénéfices. — La pratique modifie singulièrement les cadres rigides dans lesquels les théoriciens se plaisent à enfermer les diverses institutions juridiques, dont ils ont à loisir et minutieusement déterminé les traits distinctifs. Elle combine, en effet, diverses institutions entre elles en atténuant leurs caractères spécifiques, et le

frottement de ces deux institutions conjointes, entraîne un affaiblissement de leur originalité respective, de telle sorte qu'il est difficile de dire alors où commence l'une et où se termine l'autre.

C'est ainsi que l'on voit la participation aux bénéfices s'infiltrer dans des opérations qui, par nature, relèvent du prêt, nonobstant l'irréductibilité que l'on constate généralement entre le prêt et la société, à laquelle, sans doute, il faut rattacher l'association en participation.

Cette infiltration et cette combinaison ne se réalisent point, à vrai dire, dans les grandes sociétés commerciales ou industrielles. Ainsi qu'on l'a fait remarquer, dans les sociétés, la distinction, jusqu'à maintenant très nette, établie entre l'action et l'obligation, faisait obstacle à toute combinaison. Cette distinction perd peut-être, actuellement, beaucoup de sa netteté, depuis que la pratique des clauses d'intérêts fixes attribués aux actionnaires, même en l'absence de bénéfices, tend à se généraliser. Mais il n'en demeure pas moins que la dualité de titres, représentant pour les associés et pour les obligataires des droits très distincts, met obstacle à toute confusion réelle entre la situation des unes et des autres.

Au contraire, cette combinaison du prêt et de la participation aux bénéfices se rencontre, plus fréquemment, dans des entreprises d'envergure plus modeste, par exemple dans des prêts consentis par un particulier à un autre particulier, par un particulier à une société

de personnes : le bailleur de fonds stipule, concurremment à une rémunération fixe à titre d'intérêts, une part de bénéfices comme supplément de rémunération. Ces combinaisons interviennent de préférence dans des hypothèses un peu spéciales : c'est le vendeur d'un fonds de commerce qui confie à son acheteur, à titre de prêt, une partie du prix, moyennant une part d'intérêts dans l'ancienne maison, qu'il a longtemps dirigée et dont il connaît mieux que quiconque les ressources ; ou bien, ce sont encore les héritiers d'un associé décédé qui laissent, dans la société qui, grâce aux conventions du pacte initial, se continue entre les survivants, la part revenant à leur auteur ou l'indemnité correspondante ; à la condition que ce placement consenti par eux sera rémunéré par l'attribution de la part des bénéfices qui serait revenue au défunt.

Cette combinaison est d'autant plus fréquente qu'elle paraît plus avantageuse pour les deux parties : l'une y gagne des ressources plus considérables, si l'entreprise est prospère, et c'est le prêteur ; l'autre y trouve un crédit presque gratuit, puisque le loyer de l'argent doit être exclusivement prélevé sur les bénéfices des années heureuses, et demeure entièrement gratuit, lorsque ces bénéfices sont absents.

Pourtant, cette combinaison ne doit pas être entièrement et uniquement assimilée à une participation pure et simple. Il subsiste une différence entre la situation du prêteur avec participation aux bénéfices, et

celle de l'associé en participation qui entre purement et simplement dans la combinaison que nous avons antérieurement décrite. Laquelle? C'est ce que nous allons rechercher en précisant la situation du prêteur dans l'espèce envisagée.

Si l'on en croit la jurisprudence la plus récente, c'est l'idée de travail personnel, la collaboration effective des parties, sous une direction commune et un contrôle réciproque, qui seraient caractéristiques du contrat de société. C'est à cette idée que la Cour de Grenoble, par exemple, demande un critérium de distinction entre la situation du bailleur de fonds, simple prêteur, et celle de l'associé, participant intégralement au risque social (1).

Si le bailleur de fonds n'a aucun droit de contrôle, aucune surveillance à exercer, il faut lui refuser la qualité d'associé, si l'on suit tout au moins l'avis de la Cour de Bordeaux (2). Et l'on retrouve dans un jugement du tribunal de Vervins (3), très exactement et soigneusement déduits les éléments desquels doivent être induits les traits caractéristiques de l'associé : « organisation de la comptabilité et droit de contrôle ; réception d'un relevé hebdomadaire de toutes les opérations ; nomination d'un comptable et d'un contremaître du choix du bailleur de fonds ; surveillance de l'inventaire

(1) Grenoble, 18 mai 1887, D. 88.2.305.

(2) Bordeaux, 20 janvier 1902, *Rev. des soc.*, 1902, p. 387.

(3) Vervins, 31 juillet 1902, D. 1903.2.425.

annuel ; autorisation fournie au gérant pour les paiements et les achats ». Et ces divers traits se trouvent également relevés, quoiqu'avec une netteté moindre, dans un arrêt de la chambre des requêtes du 3 mai 1903, où, pour refuser à un bailleur de fonds la qualité de simple prêteur, réclamée par lui, la Cour constate que, dans le contrat litigieux, le bailleur de fonds prend : « le rôle d'associé ; que sa mise de fonds a été effectuée en vue d'une opération précise et déterminée, qu'elle a pour objet la vente au détail des marchandises achetées et que le bailleur intervient dans la direction et la surveillance des affaires ; et qu'il a stipulé le partage, par moitié, des bénéfices à venir » (1).

Cette idée a été poussée à l'extrême par M. Thaller qui en a déduit des conséquences particulièrement intéressantes. M. Thaller s'est attaché à la nature économique différente du contrat de société et du contrat de prêt. Il a remarqué que l'associé avait un pouvoir d'intrusion dans la direction des affaires qui n'appartenait pas au simple prêteur et, notamment, ce qui est essentiel, que le simple prêteur n'avait pas la faculté d'exercer contre ceux qui dirigeaient l'entreprise, au cas où cette dernière périrait par leur faute, l'action en responsabilité qui, tout au contraire, appartiendrait à l'associé contre ses co-associés (2).

Mais, ces divers critères ont paru insuffisants à un

(1) Cass. req., 28 avril 1903, *Gaz. Pal.*, 1903.4.715.

(2) Thaller, note D. 1904.1.257.

auteur (1), lequel a constaté avec justesse que la simple insertion d'une clause, réservant au prêteur, dans l'entreprise, un droit de contrôle et de surveillance, pourrait suffire à supprimer toute distinction, à conférer au prêteur la qualité ou le caractère d'associé ; encore faudrait-il s'entendre sur la portée du droit de surveillance et de contrôle, savoir comment il est exercé pratiquement, dans quelle mesure il l'est, quelles limites lui ont été imposées.

D'ailleurs ce critérium manque entièrement son but lorsqu'il s'agit d'une combinaison dans laquelle le contrat est muet et ne précise aucune faculté d'intervention : « Quelle différence fera-t-on, dit M. Ripert, entre l'associé qui n'agit pas, parce qu'il ne le veut pas, et le prêteur qui n'agit pas, parce qu'il n'en a pas le droit ? » Quel moyen aura-t-on de décider si, au bailleur de fonds envisagé on doit accorder ou refuser l'action en responsabilité, caractéristique de la situation juridique de l'associé ? »

Aussi faut-il se résigner sans doute à ne pas fournir de distinction, ou plus exactement de formule unique de distinction. Il est difficile d'enfermer les caractères spécifiques de l'un et de l'autre de ces contrats dans un cadre rigide. Il faut seulement s'en tenir à noter les divers éléments auxquels il y aura lieu de s'attacher, dans chacun des cas envisagés, pour déterminer la nature réelle

(1) Ripert, Prêt et association aux bénéfices, *Ann. dr. comm.*, 1905, p. 65.

de l'espèce soumise au juge. Ce pourra être, suivant les indications même fournies par la jurisprudence, d'après la condition juridique de l'apport et d'après les droits plus ou moins complets qui auront été réservés à l'apporteur sur l'utilisation du dit apport.

Il pourra également être intéressant de constater le taux de la participation aux bénéfices. Si cette participation est très élevée, ou très irrégulière dans son montant, susceptible de fluctuations multiples, il y aura lieu de croire qu'elle est servie à un associé. Si au contraire elle affecte une certaine régularité et ne s'éloigne guère d'un niveau moyen, elle pourra être considérée comme la rémunération du capital fourni par un simple bailleur de fonds auquel la qualité de prêteur devra être attribuée.

Enfin le juge devra aussi faire porter son examen sur la faculté reconnue ou refusée au bailleur d'effectuer le retrait de son apport. Si cet apport doit nécessairement demeurer dans l'entreprise et en courir tous les risques jusqu'à la réalisation définitive de l'œuvre élaborée, il faut admettre, sans doute, que l'apporteur est un associé. Ce caractère devra au contraire lui être refusé, dès lors qu'il serait constaté que, en fait, ou dans certaines circonstances spéciales même, cet apport pourrait être, par lui, retiré de l'entreprise.

Au surplus, quel intérêt peut-il y avoir à distinguer aussi soigneusement l'association en participation aux bénéfices et le prêt, dans le cas où l'on se trouve placé en présence d'une combinaison mixte ?

Cet intérêt est multiple et divers. Il apparaît tout d'abord dans les hypothèses où la convention des parties ne s'est pas clairement exprimée sur les conditions mêmes de la situation juridique respective des parties. Ainsi on a seulement stipulé ou constaté l'apport des fonds par le bailleur, ou encore on a gardé le silence sur les conditions, la date de la restitution de cet apport ou sur les conditions dans lesquelles ce capital serait rémunéré. Ce sont là autant de circonstances dans lesquelles il importe au plus haut point de savoir si l'on est en présence d'un contrat de société ou d'un contrat de prêt, à raison du régime si différent que la loi a édicté pour l'un et l'autre de ces contrats.

Quelquefois, au contraire, les parties auront elles-mêmes cherché à déguiser la nature réelle de l'opération intervenue entre elles sous le masque d'un autre contrat, et cela, afin d'éviter l'application de certaines règles, impératives ou prohibitives d'ordre public, gênantes pour elles et que la nature réelle de leurs opérations leur auraient cependant imposées. Il en est ainsi notamment, de certaines interdictions édictées à l'égard de quelques personnes de s'associer, telle que l'interdiction portée contre l'officier ministériel d'entrer dans une société de personnes. Il en sera de même, dans une hypothèse contraire, où le prêt sera dissimulé sous les traits de l'association, afin d'éviter les règles concernant le taux usuraire du loyer de l'argent, intérêt que la loi du 12 janvier 1886 a beaucoup amoindri. Mais

c'est plus particulièrement le régime différent, établi au point de vue fiscal, pour la société et pour le prêt (le prêt subissant un droit proportionnel de 1 0/0, le contrat de société ne subissant qu'un droit de 0,20 0/0) qui donne de l'importance à cette distinction et légitime la place que nous lui avons donnée ici.

Ces intérêts prouvent, en même temps, combien les parties peuvent avoir le souci d'allier étroitement ces deux institutions de manière à prendre à chacune d'elles ses avantages sans en subir les inconvénients.

Mais ces explications permettent également de se rendre compte que si, en fait, le plus souvent, dans la combinaison envisagée, le caractère de prêteur l'emporte sur le caractère d'associé, ce dernier n'est point cependant nécessairement exclu et que, dès lors, l'hypothèse ici envisagée peut, à la rigueur, à la différence de la précédente, rentrer dans le domaine que nous explorons.

*
* *

En pratique, l'association en participation trouve son application dans les cas les plus divers et il serait difficile d'indiquer des opérations commerciales ou industrielles, emportant formation de société, que l'association en participation ne permettrait pas de réaliser. Il ne peut donc être question de faire une énumération, même incomplète de ses applications, que l'on doit considérer comme limitées seulement par des condi-

tions d'espèce, conditions qui prennent leur fondement dans la situation économique et juridique des parties, le but poursuivi par les associés, la nature et l'objet de l'association, etc... C'est ce qui explique que l'on rencontre des entreprises, poursuivant des objets identiques, constituées, suivant les cas, les unes en association en participation, les autres en l'un quelconque des autres types de société reconnus par la loi.

Toutefois le lancement des affaires nouvelles, destinées à être constituées en société par actions, s'effectue à peu près exclusivement au moyen de petites sociétés momentanées, avant-coureurs de la société définitive, et qui sont, presque toujours, des associations en participation.

Les affaires industrielles et commerciales doivent en effet, en général, être créées techniquement et financièrement. Créer une affaire techniquement, c'est avoir en mains un objet déterminé, immédiatement réalisable, qui en fera le but poursuivi. (La possession d'un brevet d'invention ne répond pas, la plupart du temps, à cette condition. L'invention n'existe que « sur le papier » et est bien loin d'être immédiatement réalisable.) La créer financièrement c'est pouvoir disposer des fonds nécessaires à son établissement, son existence et son développement.

Les sociétés de capitaux ne se constituent pas sur des probabilités, plus ou moins certaines, mais avec un objet bien déterminé : exploiter une concession, réaliser

l'objet d'un brevet d'invention, etc... ; mais la recherche d'une concession, la mise au point d'une invention et plus généralement la « mise sur pieds » d'une affaire, suivant l'expression consacrée, mise sur pieds à partir de laquelle seulement l'affaire pourra être avantageusement présentée au public et réalisée industriellement ou commercialement, entraînent pratiquement des dépenses importantes qui sont généralement supportées en commun par quelques personnes bien documentées sur l'intérêt que présentent les affaires en vue et qui se constituent, dans la très grande majorité des cas, en associations en participation.

La concentration des capitaux, souvent énormes, qui seront nécessaires pour la réalisation du but poursuivi, nécessitera encore une action commune de gens rompus à cette nature d'opérations. En raison de l'importance considérable qu'ont prise de nos jours les groupements ainsi constitués et dénommés syndicats financiers, et aussi de leur physionomie propre, nous en examinerons dans le chapitre suivant le rôle et la nature juridique. Cet examen nous conduira à voir, également, dans ces syndicats financiers de véritables associations en participation.

CHAPITRE II

LES SYNDICATS FINANCIERS.

Les syndicats financiers sont des groupements de capitalistes, de banquiers ou d'établissements de crédit, formés dans le but d'introduire sur le marché une nouvelle espèce de titres ou d'influer sur le cours de certaines valeurs en agissant sur l'activité des transactions effectuées sur ces valeurs. La variété des buts poursuivis justifie celle des formes employées pour les atteindre ; à côté des opérations les plus honnêtes se placent aussi quelquefois malheureusement les plus louches manœuvres d'agiotage.

Tantôt ces syndicats se constituent pour recueillir les souscriptions d'actions d'une société en formation, ou pour placer les actions d'une société récemment constituée, ou enfin pour garantir une émission de nouvelles actions ou d'obligations. Tantôt ils ont pour but de créer ou de tenir en activité le marché des actions d'une société de constitution récente ou de soutenir le cours des titres soit pendant une période de crise, soit contre les attaques des « baissiers » et les autres manœuvres de Bourse. Quelquefois enfin, les syndicats sont créés

pour provoquer artificiellement une hausse ou une baisse du cours de certains titres ou pour réaliser un gain illicite par l'introduction sur le marché de valeurs purement imaginaires ou de titres dépourvus de toute consistance réelle.

L'expérience montre que le mode de constitution dit « simultané » est devenu en pratique le mode normal de constitution des sociétés par actions, parce que plus simple et plus rapide et aussi parce que moins gêné par les dispositions légales.

C'est pourquoi les sociétés les plus importantes, qui nécessitent le concours de vastes capitaux, sont rarement accessibles au public avant leur constitution. Tout le capital social est souscrit et réparti entre quelques banquiers ou capitalistes qui constituent immédiatement la société sans procéder à aucun appel en dehors de leur groupe. Ce n'est que lorsque la société est constituée, que ces quelques actionnaires, qui se sont partagé le capital social, cherchent à se libérer en reversant peu à peu leurs titres sur le marché. En procédant de cette façon, ces promoteurs ont les plus grandes probabilités d'obtenir une large participation du public à leur entreprise, parce qu'une société déjà constituée offre des garanties, au moins apparentes, qui n'existent pas dans une société en période de formation. La période quelquefois longue d'attente et d'incertitude qui précède la constitution définitive se trouve ainsi évitée.

De plus, les fondateurs empêchent, par ce moyen,

que leurs actes ne soient discutés par une assemblée constitutive qui pourrait n'être pas composée d'éléments à leur dévotion et qui pourrait désapprouver les irrégularités éventuelles de la souscription, annuler ou modifier les contrats déjà passés, ne pas ratifier les avantages particuliers (1), etc...

Ces avantages ne sont pas toutefois exempts de dangers, et parmi ces dangers le plus grave est de ne pas pouvoir, la société étant constituée, arriver à placer les actions dans le public, de telle sorte que les fondateurs peuvent se trouver amenés à rester seuls pour supporter les risques de l'entreprise et dans l'obligation de la continuer avec leurs propres moyens.

De toutes façons il importe d'assurer à l'entreprise, le plus grand concours possible de capitaux, d'étendre peu à peu, mais sûrement; le cercle des intéressés à la prospérité et à la bonne marche de la société, de constituer sur une base solide un organisme puissant dont les ramifications pourront facilement atteindre l'épargne.

Cette pénétration lente, mais sûre des actions sur le marché, ce transfert du petit groupe promoteurs ou actionnaires originaires au vaste cercle du grand public, que l'on peut appeler l'émission au sens général, sinon

(1) V. sur ce sujet : Sydow, *Über consortien oder sogenannte Syndicate zur Aktienbegebung*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. XIX, p. 429 ; Navarrini, *La costituzione simultanea delle società per azioni* (*Annali Perugia*, 1906).

technique, du mot, constitue une entreprise difficile qui dépasse les forces, non seulement de ceux qui ont eu l'idée de l'affaire, industriels ou inventeurs habiles mais souvent mauvais financiers, presque toujours dépourvus de la notoriété nécessaire pour obtenir de vastes concours de capitaux, mais aussi des capitalistes et banquiers qui ont à eux seuls constitué la société.

Ce n'est pas chose facile que de choisir le moment le plus propice pour lancer une affaire dans le public. Il faut, pour y réussir, une connaissance précise des conditions du marché, de l'industrie et de l'économie nationales ; une intuition certaine des probabilités qui peuvent influencer sur la réussite du placement des titres et une action rapide, sûre et ordonnée. Toutes ces raisons rendent nécessaire l'intervention de personnes de grande expérience dans le monde financier, possédant de nombreuses relations, capables d'influencer le marché et de pouvoir disposer, sur le moment ou éventuellement, de grands capitaux.

Aussi dans les grandes entreprises les promoteurs sont nécessairement amenés à intéresser une banque à l'affaire pour lui faire jouer le rôle d'intermédiaire. Les rapports qui s'établissent alors prennent, suivant les cas, les formes les plus variées. Si on met de côté les cas où elle prend une participation effective à l'affaire, la banque se borne à faire une spéculation. Elle se désintéresse, ou à peu près, du but poursuivi par la société,

mais se préoccupe seulement de pourvoir au placement des actions afin de réaliser un gain personnel.

Pour arriver à ce résultat, la banque peut procéder de diverses manières : Tantôt elle souscrit ou achète pour son propre compte la plus grande partie des actions à émettre et ensuite s'occupe de les revendre dans les meilleures conditions à ses propres risques et périls. Tantôt elle s'oblige vis-à-vis des promoteurs de la société à faire couvrir ou acheter par le public, tout ou une grande partie des actions à émettre ou déjà souscrites par les promoteurs et subsidiairement à souscrire elle-même ou à acheter la quantité que le public n'aura pas souscrite. Quelquefois, enfin, la banque se borne à jouer le rôle d'un commissionnaire, recherchant des souscripteurs ou des acheteurs, soit en son nom, soit au nom des commettants, mais toujours pour le compte de ces derniers.

En pratique l'importance des capitaux nécessaires et la fréquence avec laquelle se succèdent les émissions font qu'il est bien difficile, sinon impossible, qu'un seul établissement de crédit dispose de moyens suffisants ou veuille courir les risques considérables de conduire l'émission à lui seul. Aussi généralement cet établissement fera appel au concours d'autres établissements similaires et formera avec eux un « syndicat ». D'ailleurs l'intervention de tels syndicats ne se limite pas seulement à la période de constitution d'une société, mais devient fréquemment nécessaire au cours de son

existence. C'est par exemple lorsque la société ayant perdu dans des opérations malheureuses une partie de son capital, ou disposant d'un capital insuffisant pour faire face à l'accroissement de ses affaires, désire procéder à une émission de nouvelles actions (ordinaires ou privilégiées) ou d'obligations.

Cette opération est peut-être même plus délicate que l'émission initiale, car la mise sur le marché d'une grande quantité de titres peut avoir pour résultat, non seulement un affaissement des titres émis, mais encore de ceux qui sont déjà en circulation. De plus il serait à craindre que la spéculation ne s'emparât de la nouvelle opération, et c'est pour éviter ces jeux de bourse dangereux que les syndicats financiers interviendront d'une manière, non seulement très utile, mais encore nécessaire.

Enfin lorsqu'une société traverse une période de crise et voit se déprimer le cours de ses titres, que cette dépression corresponde à la mauvaise situation interne de l'affaire, ou qu'elle résulte seulement de manœuvres de bourse, les syndicats de défense interviendront utilement pour arrêter la baisse et soutenir les cours.

Ces indications générales permettent de concevoir le rôle économique considérable que jouent ces syndicats. Nous n'avons pas l'intention d'apprécier la valeur de ce rôle en recherchant, si, dans l'ensemble, l'usage de ces coalitions est favorable ou non à l'accroissement de la

prospérité générale. Les principales critiques qui leur sont adressées proviennent en partie de la confusion que l'on fait des syndicats de spéculation avec ceux d'agiotage, dangereux parasites, qui devraient être énergiquement poursuivis, si, malheureusement, en pratique, il n'était très difficile d'établir des caractères précis de différenciation entre la spéculation et l'agiotage.

Caractère licite des syndicats financiers. — Etant données les opérations auxquelles les syndicats de finance doivent coopérer, on peut se demander, sans même supposer aucune manœuvre dolosive, aucune tentative frauduleuse, si ces opérations sont licites et plus particulièrement si elles ne tombent pas sous le coup de l'article 419 du Code pénal qui punit d'emprisonnement et d'amende tous ceux qui « par... auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'avait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce ».

Certains auteurs se sont prononcés très nettement dans les sens de l'affirmative, c'est-à-dire de l'application de l'article 419 aux opérations que nous avons décrites, en admettant que le terme « d'effets publics » devrait être entendu comme pouvant s'appliquer aux actions des sociétés et autres entreprises privées. Le premier argument qu'ils invoquent dans ce sens est un

argument d'utilité. Si le législateur a voulu éviter de réprimer les manœuvres de bourse destinées à modifier les cours, ce n'est pas seulement pour protéger les rentes sur l'Etat ou les valeurs étrangères, auxquelles tout le monde s'accorde à reconnaître le caractère d'effets publics, mais aussi pour protéger tous les autres titres, également cotés en bourse, composant comme les rentes, les portefeuilles des particuliers et sujets, comme les effets publics, aux opérations plus ou moins louches des spéculateurs.

Ils invoquent également des autorités plus précises, mais qui n'ont cependant à aucun titre le caractère de travaux préparatoires ; ainsi les paroles de M. Baroche, lors de la discussion du projet de loi sur les sociétés, déclarant, pour faire échouer un amendement destiné à interdire à toute société l'achat ou le rachat de ses propres actions, que l'article 419 suffisait à punir toute manœuvre destinée à fausser le cours des dites actions.

Cette affirmation officielle de la portée de l'article 419 aurait été renouvelée encore lors de la discussion du projet de loi du 28 mars-8 avril 1885. Un article 6, dans le projet avait même été rédigé, qui précisait que : « la disposition de l'article 419 du Code pénal est applicable aux effets autres que les effets publics ». Cet amendement, plus exactement cette addition, avait été votée par la Chambre et soutenue par M. Naquet devant le Sénat ; cependant le Sénat a repoussé cette addition, sur la proposition de la commission, pour le motif

que (1) : « Depuis l'époque où la Chambre des députés avait adopté l'article, que nous avons cru devoir supprimer, la Cour d'appel de Paris, par son arrêt du 19 mai 1883, rendu dans l'affaire de l'Union générale, a eu à examiner de nouveau cette question et l'a tranchée dans un sens tel qu'il est désormais tout à fait inutile d'édicter à cet égard une disposition légale. La Cour de Paris, sans même que sa décision sur ce point spécial ait été déférée à la Cour de cassation, a décidé que l'article 419 s'appliquait aussi bien aux obligations des sociétés qu'aux rentes d'Etat. D'un autre côté (et ceci est particulièrement important à retenir dans le cas qui nous occupe) l'article 419 ne vise pas seulement les moyens frauduleux ; il vise aussi l'accaparement, il vise l'association entre détenteurs d'une même marchandise ou valeur, en vue, par exemple, de décider qu'on ne vendra pas cette marchandise au-dessus ou au-dessous d'un cours déterminé. » Mais la commission ajoutait : « Or depuis un grand nombre d'années le syndicat est devenu un fait absolument courant, un fait nécessaire même, à ce point que sa suppression jetterait une perturbation considérable sur le marché, soit à la Bourse, soit dans le commerce ordinaire. Il est certain que cette portion de l'article 419, qui a trait à l'accaparement, est absolument tombée en désuétude et qu'on n'applique plus aujourd'hui que la partie relative aux fraudes

(1) Max Jobit, *Assoc. comm. en partic.*, p. 92 et suiv.

proprement dites, aux moyens dolosifs. « Le rejet de l'article 6 fut également adopté à la Chambre sur les observations de M. Painlevé, qui ne faisaient d'ailleurs que corroborer celles de la commission du Sénat.

D'ailleurs on peut soutenir que l'article 419 est sans application à l'égard des actions des sociétés privées. On peut le soutenir tout d'abord en tenant compte des travaux préparatoires qui, sur ce point, ne paraissent devoir laisser aucun doute.

L'article 419 comportait en effet tout d'abord une rédaction aux termes de laquelle il visait « ceux qui ont opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets négociables de quelque nature qu'ils soient. » Mais cette dernière expression jugée trop compréhensive, fut modifiée et remplacée par celle de « papiers et effets publics » à laquelle on doit évidemment reconnaître par là même une signification plus restreinte, plus restrictive dans tous les cas.

Le motif, d'ailleurs discutable, de cette intention du législateur d'écarter les titres et les actions des sociétés de la protection de l'article 419 serait que l'acquisition de ces titres ne constitue pas pour les particuliers une nécessité. Ce ne sont point des denrées ni des marchandises, et dès lors il importe peu de protéger ceux qui s'en rendent acquéreurs, car ce sont des spéculateurs.

Et d'autre part les partisans de cette opinion invoquent de plus un autre argument, d'ordre et de portée

plus généralisé, et tiré de la loi du 25 mai 1864. Cette loi qui autorise ou tout au moins tolère la coalition et reconnaît ce que l'on a appelé le droit de grève, a donc effacé la coalition du droit pénal et aurait dû déterminer logiquement et nécessairement un remaniement de l'article 419. Cet argument, qui tend à ne laisser tomber sous le coup de la loi que les manœuvres violentes ou frauduleuses, a pour effet, non seulement d'éviter l'application de la loi aux titres des sociétés privées, mais encore de rendre ce texte lettre morte pour toute une partie de ses dispositions.

Tous ces arguments paraissent avoir impressionné la jurisprudence, et la Cour de Paris, dans son arrêt du 1^{er} juin 1843, déjà mentionné, a décidé que les titres des sociétés privées ne devaient point tomber sous le coup de l'article 419 (1).

De tout ceci il résulte d'ailleurs que la fonction ou plus exactement l'opération précédemment décrite doit être considérée comme licite, et le profit auquel elle donne naissance comme légitime (2).

Diverses variétés de syndicats financiers. — La pratique financière offre tellement de variété qu'il est pratiquement très difficile de donner une classification des syndicats de finance. Plusieurs auteurs l'ont essayé,

(1) Paris, 1^{er} juin 1843, S. 43.2.277. — V. aussi Cass., 30 juillet 1885, S. 85.1.514.

(2) Paris, 18 mars 1887, D. 88.2.129 ; Bourges, 2 août 1888, D. 89.2.49 ; Orléans, 24 juillet 1890, D. 91.2.337.

soit en se basant sur la fonction de ces syndicats (1), soit en tenant compte de l'importance des risques encourus par eux dans l'opération poursuivie (2). Mais le principal défaut de ces classifications est de ne correspondre que de très loin à la pratique financière et de n'embrasser en réalité qu'un nombre très restreint des syndicats en usage, lorsque même les caractères de différenciation utilisés ne manquent pas complètement en fait de toute précision. Aussi nous bornerons-nous à examiner successivement dans leur fonctionnement pratique et dans leur nature juridique quelques types de syndicats qui se rencontrent le plus fréquemment.

Comme nous l'avons indiqué au début, les différents objets que se proposent les syndicats de finance consistent soit en une introduction de titres sur le marché (émission), soit en une revente par des groupes d'actionnaires ou d'obligataires des titres que ces porteurs ont en mains, et ce aux meilleures conditions possibles, soit enfin en une action de défense contre une dépression momentanée des cours.

Les syndicats d'émission, le terme émission étant pris dans le sens général d'introduction sur le marché,

(1) Pic, *D. pér.*, 1896.2.481 et suiv. (note sous Paris, 12 décembre 1893) ; Rousseau (1902), *Des soc. comm.*, n^{os} 1666 à 1693 ; De Pelsmacker (1904), *Des a.s. comm. en partic. et des syndicats financiers*, n^o 22 ; Arthuys, *Tr. des soc. comm.* (1906), p. 299 à 301.

(2) Chasseriau, *Des syndicats d'émission de valeur et de leur responsabilité*, Th. Paris, 1898, p. 14.

qu'il s'agisse de titres à souscrire ou au contraire déjà souscrits, affectent deux formes principales que l'on peut désigner par leur objet : 1^o syndicats ayant pour objet seulement l'écoulement des titres, 2^o syndicats ayant pour objet la prise et l'écoulement des titres.

Dans le premier mode d'émission, le syndicat n'intervient pas immédiatement, et c'est là que réside la principale différence avec le second mode. Voici d'ailleurs comment se déroulent les opérations. La banque, qui se charge de l'émission, « prend ferme cette émission à un prix convenu », autrement dit s'engage à verser dans les caisses de la société une somme déterminée quoi qu'il arrive, c'est-à-dire quelle réussisse ou non à placer tous les titres dont elle s'est chargée, ou encore qu'elle ne les place qu'à un cours inférieur à celui qui correspondrait à la somme globale dont elle est débitrice vis-à-vis de la société. Par contre, elle bénéficie de toute la différence entre le cours auquel elle a pris l'émission et celui auquel elle arrive en réalité à l'effectuer, lorsque ce dernier cours est supérieur. Les risques courus par la banque sont graves, mais les conditions qui lui seront faites par la société seront fonction de ces risques, c'est-à-dire que le prix convenu avec la société sera d'autant plus bas que les risques à courir seront plus grands.

Pour augmenter les probabilités de réussite de l'opération et aussi pour en diminuer les risques, la banque fait alors appel à d'autres établissements de crédit avec

lesquels elle est en habituelles relations d'affaires. Ce n'est donc qu'à ce moment que se forme le syndicat d'émission. La banque répartit toutes les actions qu'elle a à placer entre les participants avec lesquels elle s'entend sur un prix de vente déterminé, qu'on pourrait appeler le cours syndical. Chaque participant s'engage à courir les risques de l'émission dans la proportion de la part qui lui a été réservée. Si le placement des titres s'effectue à un cours supérieur au cours syndical, c'est pour lui un gain, dans le cas contraire c'est une perte. Bien entendu il répond de la totalité de l'émission de sa quote-part, c'est-à-dire qu'il devra garantir à la banque la valeur globale de tous les titres qui lui ont été réservés, calculée d'après le cours syndical.

La banque qui forme le syndicat convient avec ses participants du cours syndical qui est tantôt égal, tantôt supérieur à celui qu'elle a obtenu elle-même de la société. Dans le premier cas la banque se trouve, pour la quote-part qu'elle conserve, dans les mêmes conditions que les autres participants. Dans le second la différence entre les deux cours profite exclusivement à la banque « chef » qui aura ainsi un moyen d'augmenter son bénéfice ou de diminuer sa perte. Il pourrait même arriver qu'elle fût seule à trouver un bénéfice dans l'opération d'émission, ce qui se produirait si le placement des titres ne pouvait être effectué à un cours supérieur au cours syndical. En général la banque « chef » ne conclut pas un contrat identique avec tous les participants,

Le plus souvent elle fait avec chacun deux un engagement spécial, différant de l'un à l'autre par les conditions diverses qui y figurent, et alors même que les noms de tous les participants se trouveraient groupés dans un acte syndical, en réalité il n'y faudrait voir qu'un ensemble de contractants ayant chacun leurs obligations propres.

Enfin généralement la banque « chef » se réserve d'utiliser tous moyens qui lui paraîtront propres à faire réussir l'opération, de faire la publicité nécessaire, etc..., toutes choses dont les frais seront supportés en commun mais dont la banque fera l'avance, si chaque participant n'a pas eu à verser dès son entrée dans le syndicat, une somme proportionnelle à la quote-part qui lui est affectée.

En Allemagne (1) on voit dans cette opération un contrat d'achat-vente accompagné d'un mandat. Les opérations de l'émission se décomposeraient ainsi : la banque « chef » achèterait les titres à la société, puis les revendrait aux membres participants du syndicat, lesquels donneraient à la banque, leur vendeur, mandat de les revendre au public pour leur compte. Cette opinion ne peut être admise. Outre que les participants n'ont eu à aucun moment l'intention d'acheter réellement des titres puisque leur but est uniquement de

(1) Sydow, *op. cit.*, p. 436, et aussi Lasting, dans *Endemann's Handbuch*, I, p. 772.

réaliser un gain en spéculant sur la différence des cours et que le mandat donné se trouverait en quelque sorte irrévocable, rien dans l'acte syndical n'a trait à une vente quelconque. Chaque placement de titres, ne se rapportât-il qu'à un seul de ces titres, profite à tous les participants, ce qui ne correspond guère à une propriété individuelle des titres pour les participants. Tout au plus pourrait-on y voir une propriété indivise, mais encore faudrait-il que cette indivision fût le résultat d'un accord quelconque entre les divers propriétaires. Or cet accord ne s'est jamais manifesté parce que chaque participant n'a été en relation qu'avec la banque et n'a jamais voulu avoir de rapports juridiques avec les autres, qu'il ne connaît pas et dont peut-être même il ignore l'existence.

Dans une autre opinion, il faudrait voir dans l'acte syndical une vente sous condition suspensive. La banque « chef » vendrait à chacun des participants un nombre déterminé de titres à un cours déterminé si — c'est là la condition — elle ne réussissait pas à les placer elle-même. Cette construction explique bien l'obligation qui pèse sur chaque participant de retirer les titres et d'en payer le prix à la banque « chef » en cas de non-réussite de l'émission, mais elle n'explique pas comment naît l'obligation de la banque « chef » d'attribuer à chaque participant une part proportionnelle du gain réalisé dans l'émission en cas de réussite. Il faudrait admettre l'existence d'une convention acces-

soire qui donnerait naissance à des obligations entre les parties pour les cas où l'émission aurait une issue favorable. Mais, en fait, il existe une seule et non deux conventions. Aussi, pour cette raison et pour d'autres qu'il serait trop long de développer ici, ne faut-il pas hésiter à rejeter ces décompositions ingénieuses mais malheureusement arbitraires.

Nous sommes amené à rechercher si de tels syndicats ne seraient pas de véritables sociétés au sens du Code de commerce. Il est certain d'abord qu'il s'agirait de sociétés commerciales, car, quelle que soit l'analyse de l'opération d'émission à laquelle on s'arrête, ces syndicats font des actes qui se rattachent éminemment à la notion de circulation, et qui se classent soit directement soit accessoirement, suivant l'opinion adoptée, dans la catégorie des achats pour revendre et, en tout cas, dans celle des opérations de banque.

Mais il est facile de voir qu'il ne s'agit pas de société. Tout d'abord, les formalités prescrites par le Code de commerce non seulement feraient défaut, mais même on ne voit pas comment on pourrait les remplir après coup. Nous ne nous arrêtons pas cependant à cette question de publicité, car il y a des raisons beaucoup plus importantes pour faire rejeter l'idée de société.

Pendant l'existence du syndicat, la banque qui en a la direction et la gestion, possède des pouvoirs qui seraient inconciliables avec les droits propres des autres associés. Elle est juge de l'émission : elle l'effectue

comme elle l'entend, avec les moyens qu'elle juge bons, sans que les participants puissent limiter ou diriger son action. Elle s'est réservée de réduire la quote-part de chaque membre dans le syndicat, d'y en appeler de nouveaux sans avoir à obtenir le consentement des autres, de proroger la durée du syndicat ou d'en décider la dissolution. Elle ne peut être relevée de sa gestion, même avec le consentement unanime des participants.

Enfin — et c'est là le point le plus important — il n'existe dans le contrat syndical aucun apport des associés. A la formation du consortium les membres, la plupart du temps, n'ont aucun versement à faire. Quant à l'indication du nombre des actions qui représentent la quote-part de chaque participant, elle n'exprime pas la valeur de l'obligation de chacun d'eux, mais seulement la proportion dans laquelle chacun sera appelé à participer au gain ou à supporter la perte. Évidemment chaque participant pourra être obligé à verser le prix de ceux des titres de sa quote-part qui n'auront pas été placés, mais ceci n'aura lieu que dans le cas où l'émission aura été manquée, ce qui doit être regardé comme une issue exceptionnelle de l'opération essayée.

La seule chose qui soit commune à tous les membres du syndicat, c'est le résultat de l'émission et non l'émission elle-même qui reste l'affaire personnelle de la banque « chef », et pendant laquelle les titres n'ont jamais cessé d'être la propriété de cette banque.

Dans certains contrats de syndicat, il est cependant quelquefois convenu que les membres s'engagent à verser, sur demande de la banque dirigeante, une somme proportionnelle à la quote-part réservée à chacun d'eux. La présence ou l'absence de cet engagement dans le contrat de société ne modifient en rien la nature des rapports juridiques créés. Que ce versement soit réellement effectué ou seulement promis, il ne constitue pas un apport dans le sens que la loi attache à l'apport quand elle en fait une condition essentielle du contrat de société. Le groupement de ces versements ne forme pas un patrimoine social distinct du patrimoine individuel de chaque participant. Il s'agit seulement d'une garantie de l'obligation contractée par les membres, notamment en ce qui concerne la reprise, par ces membres, des actions non placées, garantie qui présente assez d'analogie avec la couverture remise aux agents de change en matière d'opérations à terme.

Par contre, si un tel syndicat d'émission n'est pas une société, il présente très nettement les caractères d'une association en participation (1). La banque « chef » dirige seule l'affaire, elle apparaît seule au regard des tiers, elle seule est obligée. Entre la banque et les participants, tout se réduit à un compte de profits et pertes. Il ne semble pas que ces participants puissent exiger qu'il leur soit rendu compte de la façon

(1) V. Paris, 28 avril 1887, S. 91.1.321.

dont ont été conduites les opérations de l'émission. Leur droit se limite à pouvoir exiger leur part du gain réalisé et leur obligation à devoir, s'il y a lieu, supporter leur part de perte subie.

Comme nous l'avons déjà dit, tantôt tous les participants sont liés à la banque « chef » par un contrat unique ou des contrats identiques, tantôt au contraire chacun d'eux a conclu avec la banque un arrangement spécial. Dans ce dernier cas les participants doivent être considérés comme étrangers les uns aux autres ; ils s'ignorent en droit et quelquefois même en fait. Chaque contrat de participation est parfait quand les volontés du contractant qui traite et de la banque se sont rencontrées ; celles des autres participants n'interviennent pas. Dans ces conditions l'ensemble ainsi formé et dont les différentes parties n'obéissent pas aux mêmes conventions, doit être considéré moins comme une association en participation unique que comme l'ensemble des associations en participation distinctes formées entre la banque « chef » et chaque participant.

La banque reste maîtresse des conditions à faire à chacun de ceux dont elle requiert le concours, sous réserve, bien entendu, de ne pas préjudicier aux conventions antérieurement conclues. Souvent elle se réserve le droit de réduire proportionnellement la part affectée à chaque participant, mais on peut douter de la validité de cette clause. Une réduction analogue est de pratique courante dans les constitutions de société par appel

direct au public. Elle est d'ailleurs inévitable dans ce cas, car il n'est pas possible de prévoir à l'avance à quel moment l'émission sera complètement couverte et de plus la fraude n'est guère à craindre, car la société, pas plus que l'établissement de crédit chargé de l'émission, n'ont intérêt à ce que cette souscription soit couverte par certains souscripteurs plutôt que par d'autres. Il n'en est pas de même pour un syndicat d'émission. La banque « chef » aurait un intérêt évident, dans le cas de la réussite de l'émission, à réduire à une quantité minime la part primitivement affectée à chaque membre en faisant apparaître frauduleusement des pseudo-participants de complaisance. En pratique c'est surtout la confiance réciproque qui sert de limite à de tels agissements, mais si la fraude se trouvait démontrée, la présence de cette clause dans l'acte ne suffirait pas à enlever aux contractants toute action (1).

*
* *

Le deuxième type de syndicat d'émission groupe les syndicats qui se proposent à la fois la prise et l'écoulement des titres. Ces syndicats revêtent des formes assez variées, mais en principe ils sont constitués d'un ensemble de plusieurs banques qui entrent en rapports directs avec la société, pour le compte de laquelle l'émission

(1) Nancy, 14 mars 1867, *Journ. du Pal.*, 1869, p. 971.

doit être faite, soit par l'intermédiaire de l'un des membres du syndicat, chargé par ses collègues d'agir, soit quelquefois par eux-mêmes traitant en groupe. Ici disparaît par conséquent la prépondérance de la banque « chef » que nous avons constatée dans le type précédent ; tous les associés occupent des positions de même importance dans le syndicat, tous sont intéressés, non pas seulement au résultat de l'opération d'émission, mais à l'opération elle-même : d'où une coopération beaucoup plus active.

Le syndicat soumissionne les titres par l'intermédiaire de l'un de ses membres, banquier chef, qui joue le rôle de gérant, puis les répartit dans sa clientèle, soit que d'ailleurs, le gérant agisse seul, soit au contraire que chaque banquier opère individuellement ce placement dans le cercle de sa clientèle personnelle. Si le banquier chef agit seul, il devra alors compte aux membres du syndicat à la fois des conditions dans lesquelles les titres lui ont été primitivement attribués et des conditions dans lesquelles il a ensuite replacé ces titres dans sa clientèle. Cette double opération constitue l'objet du syndicat et doit donc bénéficier au syndicat tout entier.

Pourtant, on peut concevoir, ainsi que le fait remarquer M. Thaller, que le banquier chef touche très légitimement une rémunération personnelle sous forme de commission : il se comporte en effet comme commissionnaire en souscrivant les titres pour le compte des membres de l'association qu'il dirige.

C'est qu'en effet, si l'on peut concevoir que le gérant demeure avant leur écoulement, seul titulaire des actions souscrites, soit en vertu de sa souscription seule, soit parce que l'on analyse l'opération de la répartition entre les membres du syndicat et la réalisation de leur apport individuel par ces mêmes membres, comme s'étant, en quelque sorte, condensée dans une tradition de brève main, suivant l'expression même de M. Thaller, on peut également concevoir, et il arrive effectivement que les titres soient réellement répartis entre les membres du syndicat. Chacun alors demeure titulaire et propriétaire des actions qui lui ont été attribuées jusqu'au moment où ce stock a été enfin écoulé dans le public.

Cette seconde forme de syndicat présente, plus encore que la précédente, les caractères de l'association en participation d'après la conception moderne de la jurisprudence. Le gérant du syndicat traite en son nom ; les tiers ignorent l'existence du syndicat ou, s'ils la connaissent, ils entendent bien faire peser la responsabilité des engagements pris sur le gérant et son patrimoine propre et non pas sur le syndicat considéré comme tel et encore moins sur les membres individuels qui le composent. Il est vrai que les rapports des divers membres du syndicat au point de vue de la propriété des titres sont tout autres que dans le type précédemment étudié, ce qui constitue une différence considérable entre ces deux types. Néanmoins, le caractère

essentiel de l'association en participation, son existence occulte vis-à-vis des tiers, se retrouve intégralement avec toutes ses conséquences.

*
* *

On pourrait encore ajouter à ces deux types de syndicat d'émission un troisième : le syndicat de placement avec prime. Le syndicat ne remplit alors qu'un rôle de courtier, d'intermédiaire entre la société qui émet les titres et le public dans lequel ces titres doivent être placés, c'est-à-dire en somme le rôle que nous avons vu appartenir à la banque dans la constitution par appel direct au public. Tantôt le syndicat s'en tient à son rôle d'intermédiaire, tantôt il est quelque chose de plus. C'est qu'alors il prend l'engagement subsidiaire de conserver pour lui les titres qui n'auront pas été placés, et ce à un prix convenu à l'avance.

On voit immédiatement les analogies et les différences de ce type de syndicat avec ceux précédemment étudiés. Pour la société le résultat est le même, mais les situations juridiques sont autres. C'est le public qui est immédiatement acquéreur ou souscripteur des titres placés, le syndicat ne prenant cette qualité que pour le complément. Précédemment, c'était, suivant le type de syndicat, la banque « chef » ou le syndicat qui devenait immédiatement acquéreur ou souscripteur. Le public ne prenait cette position que par suite d'une

deuxième transmission des titres. Par contre le syndicat de placement avec prime n'est plus maître de l'opération, tout au moins pendant le temps qu'il effectue ce placement pour compte de la société. En somme ce syndicat est en quelque sorte mixte : pendant le placement il ressemble à un syndicat de souscription par appel direct au public ; après ce placement, et en admettant qu'il reste encore des titres non placés, il devient comparable à un syndicat d'émission proprement dit.

*
* *

Le syndicat de vente et le syndicat de résistance procèdent tous les deux d'une manière analogue bien que poursuivant des buts différents. Les premiers sont constitués entre porteurs de titres qui ont l'intention de se défaire de ces titres et qui désirent réaliser cette opération dans les conditions les plus avantageuses possibles. Les seconds sont constitués entre porteurs de titres, généralement les principaux actionnaires, dans le but de soutenir le cours de ces titres soit en vue d'une nouvelle et prochaine émission, soit pour résister à une dépression qui se produit en Bourse et dont les causes peuvent être très diverses. Dans les deux cas le résultat est atteint par une succession de ventes et d'achats effectués méthodiquement. Seule la proportion des ventes par rapport aux achats diffère suivant celui des objets que l'on se propose de réaliser.

Dans les syndicats de vente, les membres du syndicat remettent à une banque, qui fera fonction de gérant, tous les titres qu'ils possèdent, et indiquent, au moment de cette remise, la quantité de titres dont chacun d'eux désire se défaire. Le complément sera « bloqué », c'est-à-dire restera entre les mains du gérant, qui ne pourra en disposer, pas plus d'ailleurs que les propriétaires respectifs de ces titres. Ce « blocage » est nécessaire pour éviter que les opérations du syndicat ne soient contrecarrées par des opérations analogues effectuées individuellement par ses membres sur les titres dont il n'a pas la disposition.

Le gérant du syndicat possède sur les titres destinés à être vendus les plus larges pouvoirs de disposition ; il effectue en général au comptant ou à terme, des séries de ventes alternées de rachats partiels ou totaux, suivant les conditions du marché.

Les syndicats de résistance procèdent de la même manière. Les promoteurs de ces syndicats cherchent avant tout à bloquer le plus de titres, c'est-à-dire à grouper le maximum d'actionnaires qui s'engageront à remettre leurs titres au gérant du syndicat ou au moins à ne pas les mettre en bourse pendant la durée de l'opération projetée. Tous les titres des adhérents au syndicat seront, de ce fait, complètement immobilisés et plus élevé sera leur nombre, plus grande sera la maîtrise que le gérant pourra exercer sur le marché. Ce gérant commencera à racheter les titres de la société suivant

un programme déterminé, se fera reporter et en général fera toutes opérations de nature à provoquer une hausse du cours.

Bien que très différents des syndicats d'émission au point de vue de l'objet, les syndicats de vente et de résistance en ont la même nature juridique. L'existence du syndicat n'apparaît pas aux tiers. Celui ou ceux qui agissent le font en leur nom propre et non comme mandataires ; eux seuls acquièrent des obligations et des droits. Ils se réservent en général la faculté d'agréer les nouveaux adhérents. Ils ne sont que dépositaires des titres bloqués tandis qu'ils ont sur les autres plein droit d'en disposer au mieux de l'intérêt commun. Les droits des membres du syndicat se réduisent à un droit personnel de participer aux résultats obtenus.

Cependant il existe en pratique des syndicats de vente et de résistance qui revêtent des formes plus complexes et qui ne peuvent plus être considérés comme des associations en participation. L'acte syndical prévoit la constitution d'un capital social composé par exemple des prêts qui seront consentis par un établissement de crédit et gagés sur les actions remises au syndicat par les adhérents. Il n'y a plus seulement blocage des titres, il y a mise en gage de ces titres. Le syndicat a une direction qui est autorisée à traiter au nom du syndicat, de telle sorte que dans les rapports avec les tiers le caractère occulte, précédemment rencontré, fait ici complètement défaut. Enfin une clause

de l'acte syndical limite la responsabilité de chaque adhérent au montant de sa mise.

Il semble bien que de tels syndicats ne soient autre chose que de véritables sociétés anonymes, constituées en dehors des formes prescrites par la loi du 24 juillet 1867.

A qui attribuer la propriété des titres ?

La détermination de la nature juridique des syndicats de finance va vous permettre de préciser deux points qui ont une importance primordiale en la matière : la question de savoir à qui appartiennent les titres couverts par le syndicat, antérieurement à leur classement dans le public ; et, d'autre part, la question de savoir quelle est la responsabilité du syndicat et des membres du syndicat, vis-à-vis tant de la société que des tiers, cette question dernière de responsabilité devant être examinée à un double point de vue.

La première question ne peut évidemment être résolue uniformément pour tous les syndicats, elle doit l'être distinctement pour chacun des types que nous avons distingués.

S'il s'agit d'un syndicat formé seulement pour l'écoulement des titres, la propriété des titres appartient exclusivement à la banque qui a assumé personnellement l'émission et qui a ensuite constitué le syndicat pour limiter à son égard les risques courus. Comme nous l'avons indiqué, les titres, depuis le moment où ils sont

offerts au public jusqu'à celui où ils sont répartis entre les membres, en fin de syndicat, restent toujours aux mains de la banque « chef » qui a seule le droit d'en disposer. Les membres du syndicat n'en acquièrent ni la propriété, ni même la possession. La seule chose qui soit leur propriété commune, ce sont les résultats, profits ou pertes, de l'opération.

S'il s'agit d'un syndicat formé à la fois pour la prise et l'écoulement des titres, la question est plus complexe et doit être examinée à deux époques successives, de façon à déterminer à qui appartient la propriété des titres au moment de la formation du syndicat, puis à voir si des transmissions ultérieures de cette propriété interviennent pendant l'existence du syndicat. Il ne faut d'ailleurs pas confondre le contrat syndical qui règle les rapports des membres du syndicat entre eux et l'achat ou la souscription proprement dite des titres qui ne sont que la cause de ce contrat, c'est-à-dire que les relations des syndicataires entre eux pourront, au point de vue de la propriété des titres, être différentes de celles des syndicataires avec la société dont les titres font l'objet de l'émission.

L'acquisition des titres a pu être faite par le gérant agissant soit en son nom, soit pour des syndicataires dont il dévoile les noms, ou par chaque syndicataire en particulier. Les deux dernières hypothèses se rencontrent rarement en pratique.

Si le gérant a été seul à agir en nom, l'application

des principes du droit commun que nous avons revus rapidement au début de cette étude ne permet de faire qu'une réponse : seul le gérant du syndicat doit être considéré comme attributaire des titres. Si au contraire le gérant a dévoilé les noms des membres du syndicat, en produisant des bulletins de souscription à leur nom ou encore en désignant formellement les syndicataires comme ses mandants ou si, ce qui revient au même, chaque syndicataire a acquis personnellement sa part de titres, il est évident que ce sont les syndicataires qui deviennent personnellement titulaires des actions ou obligations achetées ou souscrites (1).

Toutes les fois que le gérant ne reste pas seul attributaire des titres acquis, chaque participant devra ultérieurement lui remettre les siens de manière à lui permettre de procéder aux opérations qui font l'objet du syndicat. Mais bien que cette remise au gérant doive être faite accompagnée des plus larges pouvoirs de disposition dans l'intérêt du syndicat — condition essentielle de tout contrat syndical — elle n'équivaut pas à un transfert de propriété au gérant. Nous avons vu, en effet, que d'après la dernière jurisprudence, chacun des membres de l'association en participation devait être censé demeurer propriétaire privatif de son apport, jusqu'au moment où cet apport aurait été utilisé par le gérant pour les besoins de l'entreprise commune. C'est

(1) Paris, 19 février 1885, D. 85.2.481 ; 28 avril 1887, D. 88.2.105 ; 9 février 1888, D.90.2.265.

d'ailleurs en ce sens que la question, spécialement, a été tranchée (1).

Dans les syndicats de vente et ceux de résistance, il faut distinguer la situation des titres bloqués de celle des titres destinés aux opérations syndicales.

Les titres bloqués constituent un dépôt, et même probablement un dépôt irrégulier, s'il s'agit de titres au porteur qui peuvent être considérés comme des choses fongibles, car il n'y a aucun intérêt pour le déposant à rentrer en possession des titres mêmes qu'il a déposés et à qui il suffit qu'il lui soit restitué une égale quantité des mêmes titres. Les conventions syndicales confèrent souvent au gérant des pouvoirs de disposition étendus relativement à ce dépôt. Nous devons laisser de côté l'examen de ces pratiques, d'ailleurs courantes, qui sortirait du cadre de ce travail.

Quant aux titres destinés aux opérations syndicales, l'opinion dominante, du moins en France, considère ces titres comme restant la propriété des participants du syndicat jusqu'au moment où ils ont été aliénés pour les besoins du syndicat (2). Enfin, quant aux tiers acquéreurs ou vendeurs, le gérant traitant toujours en nom propre reste par conséquent seul attributaire des droits et obligations qui résultent de ces opérations.

Responsabilité des syndicats d'émission. — La question de responsabilité doit être examinée d'abord dans

(1) Trib. comm. Bruxelles, 8 juin 1903, *J. Trib.*, 1903, p. 1218.

(2) *Contrà* : Angeloni, *Sindacati finanziari*, p. 118 et suiv.

les relations de la société qui fait l'émission et des membres du syndicat : elle revient à savoir qui est tenu et responsable des versements à effectuer sur le montant des actions ou des obligations souscrites ou détenues par le syndicat. Cette question est évidemment très étroitement liée à celle que nous avons précédemment examinée de la propriété des titres. Ce sera donc le gérant seul, ou au contraire chacun des membres du syndicat individuellement, qui devra effectuer les versements, suivant que seul le gérant ou chacun des membres du syndicat sera considéré comme propriétaire. Quelle que soit d'ailleurs cette responsabilité, le bénéfice du syndicat résulte toujours de la différence entre le prix de souscription et le prix de revente au public. De plus, souvent à ce bénéfice s'ajoute une prime donnée par la société au syndicat qui donne ses soins à l'émission (Cette prime constitue d'ailleurs le seul bénéfice dans les syndicats de placement). Pour que cette prime soit légitime, il faut qu'elle corresponde à un risque couru : des lors que le risque n'existe pas grâce aux combinaisons adoptées par le syndicat, comme dans les syndicats dits à option de la Compagnie du canal de Panama, la prime est illégitime et doit être remboursée à la société (1).

On pourrait aussi envisager les relations des membres du syndicat et des tiers auxquels les titres ont été ven-

(1) Cass., 11 décembre 1900, D. 1904.1.257 ; Paris, 5 décembre 1887, D. 89.2.185.

du par lui. Ces relations dépendent évidemment du point de savoir sous quelle forme se manifeste le syndicat. Si le gérant seul est intervenu conformément au droit commun, en nom et en personne, le gérant sera seul la contrepartie des acquéreurs, et c'est contre lui que les acquéreurs devront agir en délivrance des titres et aussi pour faire valoir tous les effets du contrat intervenu. Dans ce cas seulement, le syndicat se comporte véritablement comme une association en participation. Au cas contraire où les membres du syndicat ont individuellement procédé dans leur clientèle respective au placement des titres, chacun d'eux est devenu directement contre-partie du tiers avec lequel il a traité.

Cependant il ne faut pas, même sur ce point, exagérer les rigueurs de la loi : il n'est pas indispensable que l'association et ses opérations demeurent entièrement dans le mystère pour que les participants ne soient pas exposés aux actions des tiers. Des associés peuvent être connus des tiers sans que cependant l'association perde son caractère. C'est ainsi qu'un arrêt a décidé, par exemple, que les associés pouvaient valablement convenir de constituer un domicile commun pour le règlement de leurs affaires, qui serait même attributif de juridiction (1).

Pour que la société en participation devienne une

(1) Cass., 4 juin 1860, S.61.1.75 ; Rennes, 27 mai 1895, *Journ. des soc.*, 1896, p. 232 ; Bordeaux, 18 mai 1900, D. P. 1903.5.699.

société anonyme ou en nom collectif, il faut que les agissements des associés aient permis réellement aux tiers de croire à l'existence d'une société tout entière engagée (1).

Il est enfin un second aspect de la responsabilité des syndicats financiers, que nous pourrions appeler leur responsabilité légale ou délictuelle, et sur laquelle nous ne donnerons que de très brèves explications, en terminant, parce que cet aspect de la question, tout de politique financière, excède le cadre de ce travail. Cette responsabilité légale ou délictuelle est celle que les syndicats financiers peuvent encourir pour avoir introduit sur le marché et placé dans le public des valeurs fictives, des actions ou obligations de sociétés sans consistance et sans garanties.

Cette question de la responsabilité des syndicats de finance est une de celles qui ont le plus préoccupé les esprits. En Allemagne fonctionne l'institution du prospectus dont la publication doit précéder l'émission de toute valeur quelconque non garantie par l'Etat allemand et dont les mentions engagent la responsabilité, vis-à-vis du public, de tous ceux qui ont signé le prospectus ou simplement participé à l'émission, atteignant ainsi certainement les syndicats de finance. Les articles 249 du Code pénal et 213 du Code de commerce allemand permettent d'atteindre directement et d'enga-

(1) Hazebrouck, 23 novembre 1901, *Le Droit*, 3 janvier 1902.

ger éventuellement aussi bien leur responsabilité civile que leur responsabilité pénale.

En Angleterre également, l'article 138 du règlement du Stock-Exchange, met en garde les courtiers contre les responsabilités qu'ils peuvent encourir en participant à l'émission de valeurs douteuses et l'institution du prospectus y sert également à renseigner le public. La responsabilité des signataires du prospectus est très gravement engagée et très sévèrement sanctionnée (1).

En France, en décembre 1897, M. Fleury-Ravarin avait déposé une proposition de loi qui avait pour objet d'instaurer l'institution du prospectus et de réprimer les abus commis par certains intermédiaires sans scrupules. L'article 4 de ce projet engageait très nettement, au moins pour les valeurs étrangères, la responsabilité de l'établissement de banque signataire du prospectus, envers tous détenteurs des titres, du dommage qui leur aurait été causé par les omissions ou les inexactitudes du prospectus. L'article 5 prévoyait une amende de 500 à 10.000 francs pour les intermédiaires qui auraient participé à l'émission d'une valeur sans que le prospectus ait été publié.

Si ce projet n'a point abouti, la loi de finances du 30 janvier 1907, article 3, a cependant exigé l'institution du prospectus pour les émetteurs, introducteurs et metteurs en vente de valeurs étrangères, sur le marché français.

(1) V. *Ann. dr. comm.*, 1891, p. 242 ; 1897, p. 417.

Mais il semble, qu'en l'absence même d'un texte spécial, la responsabilité du syndicat pourrait être engagée par simple application du droit commun et la jurisprudence n'a pas hésité à le faire toutes les fois que l'intermédiaire, le banquier avait commis une faute quelconque (1), et à se montrer très sévère dans l'appréciation de cette faute, car elle impute aisément au banquier émetteur une responsabilité en quelque sorte contractuelle et résultant de sa participation plus ou moins effective à la rédaction d'un prospectus ou d'une circulaire (2). De telle sorte que la réforme législative demandée n'amènerait pas un grand bouleversement dans les conceptions actuelles et aurait simplement pour résultat de donner une garantie nouvelle au public si menacé par tant d'émissions et si diverses.

(1) Paris, 5 décembre 1887, D. 89.2.185 ; Civ. rej., 18 mars 1891, D. 91.1.401 ; Orléans, 4 juin 1892, D. 96.2.161.

(2) Cass., 18 mars 1891, précité.

CONCLUSION

Telle est l'institution, tel est l'instrument que la jurisprudence a donné à la pratique. A l'abri d'un texte dont le laconisme était essentiellement permissif, les arrêts ont édifié un type de société d'une nature toute particulière, puisqu'à la fois cette société existe et n'existe pas, détermine certaines conséquences juridiques, mais se dérobe à toute action qui serait dirigée contre elle et la voudrait prendre comme adversaire. Cette imprécision, cette plasticité lui ont donné une souplesse qui lui a permis des applications variées et des résultats divers. Les traits dessinés par la jurisprudence et qui peuvent ainsi se résumer : caractère occulte de la société (1) (auquel elle s'est ralliée après quelques hésitations, ayant désigné successivement comme ayant ce caractère et cette importance, l'objet limité de la société (2) ou la non copropriété des apports (3) et partant

(1) Lyon, 13 mai 1898, *Mon. jud. de Lyon*, 3 novembre 1898 ; Trib. Seine, 24 avril 1900, *Journ. des Soc.*, 1901, p. 89 ; Lyon, 16 décembre 1910, *Journ. des soc.*, 1911, p. 516.

(2) Trib. com. Marseille, 22 novembre 1854, *Journ. de jurispr. de Marseille*, 1854.1.327 ; Bordeaux, 31 août 1831, S. 32.2.1 ; Trib. com. Seine, 20 juin 1856, *Journ. trib. com.*, 1856, p. 471.

(3) Cass., 8 juillet 1879, S. 81.1.317.

défaut de siège social (1), défaut de raison sociale (2), défaut de gérance (3), sont-ils suffisamment précis pour donner toute confiance aux tiers, vis-à-vis desquels l'association ne peut être invoquée, mais qui peuvent l'invoquer, pour éviter les fraudes auxquelles donnerait naissance la constitution de sociétés, sans observation des dispositions de la loi de 1867, sous le couvert d'une participation, ou bien faut-il que le législateur intervienne ici pour réglementer d'une manière plus minutieuse cette institution éminemment pratique ? C'est la dernière question que nous examinerons.

Disons tout de suite qu'elle nous paraît devoir être tranchée par la négative. Les efforts de la jurisprudence et les résultats qu'elle a acquis nous semblent très suffisants. Les dangers auxquels on voudrait parer sont très illusoires puisque, seuls, comme nous l'avons dit déjà, les tiers pourraient être menacés et que la société en participation ne leur est point opposable.

Une proposition de loi a cependant été déposée par M. Poulle au Sénat au cours de la séance du 13 octobre 1908 (Sénat, *Doc. parl.*, 1908, annexe 258, p. 1). Elle a été présentée par son auteur comme destinée essentiellement à mettre fin aux hésitations persistant en jurisprudence sur un certain nombre de points relatifs

(1) Chambéry, 2 février 1880, S. 81.2.237.

(2) Chambéry, 2 février 1880 précité ; Cass., 29 mai 1895, D.95.1.324.

(3) Trib. com. Seine, 11 août 1858, *Journ. trib. comm.*, 1858, p. 413.

notamment aux effets de la participation tant à l'égard des associés, qu'à l'égard des tiers, aux causes de dissolution et aux conséquences de cette dissolution.

L'article 47 nouveau du Code de commerce stipulerait formellement que l'association serait occulte et qu'elle n'aurait pas la personnalité morale, chaque associé traiterait directement et personnellement avec les tiers. L'article 48 fixerait notamment un point sur lequel nous avons vu que certaines difficultés pouvaient s'élever et certaines hésitations persister. Il déclare que la preuve de l'association en participation peut être administrée même par témoins, et sans aucune distinction entre les associés eux-mêmes et les tiers. L'article 49 vise l'engagement des associés à l'égard des tiers et consacre seulement les solutions que nous avons indiquées, notamment l'indépendance des associés à l'égard des tiers qui ont traité avec le gérant, sauf le cas où ils ont fait des actes d'immixtion. Quant à la question de la condition de l'apport, la proposition de loi la tranche en faveur du droit de propriété du gérant, puisqu'en cas de faillite de ce gérant, les associés sont seulement créanciers de leur apport pour la part qui excède leur contribution personnelle aux pertes. Enfin, l'article 50 étend à la dissolution de l'association les règles édictées pour la dissolution des sociétés civiles et indique que c'est l'associé gérant qui devra liquider après dissolution.

En présence d'un projet qui se borne à consacrer la

plupart des solutions acquises en jurisprudence, on peut se demander si les avantages qui résulteraient de son application sont suffisants pour justifier une intervention du législateur et une modification des textes. Reste-t-il indispensable d'enfermer l'association en participation dans un cadre aussi rigide qui risque d'en limiter les applications et de ne lui faire gagner en précision qu'au détriment de sa souplesse. On peut en douter.

Vu :

Le Président de la Thèse,
CH. LYON-CAEN

Vu :

Le Doyen,
F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

Adolph. — De l'association en participation, Paris, 1913.

Angeloni. — Sindacati finanziari, Milan, 1909.

Annales de droit commercial :

a) **Ripert.** — Du prêt et de la participation aux bénéfices, 1905.

b) **Bonnecase.** — Condition juridique de l'apport, 1908.

c) **Thaller.** — Les syndicats de finance *Ann.*, 1911.

Chassériau. — Syndicats d'émission de valeurs et leur responsabilité, Paris, 1898.

Dalloz périodique :

a) **Levillain.** — D. 1890.2.265.

b) **Lacour.** — D. 1902.2.105 et 1908.2.393.

c) **Pic.** — D. 1896.2.481.

Dechézelle. — L'association en participation, Paris, 1893.

Geouffre de Lapradelle et Lévy-Ulmann. — Les négociations en coulisse des valeurs cotées.

Jobit. — L'association commerciale en participation, Paris, 1912.

Jousse. — Introduction au titre IV de l'ordonnance de 1673.

Locré. — XVII, 258 ; 309 ; 350 ; 194 ; 195.

Lyon-Caen et Renault. — Traité général de droit commercial.

Pardessus. — Droit commercial, t. IV, n° 1046.

Pelsmaeker. — Des associations commerciales en participation et des syndicats financiers, Bruxelles 1904.

Pic. — Les lois ouvrières, n° 1367.

Pothier. — Traité des sociétés, n° 61.

Pouille. — Traité des associations en participation.

Savary. — Le parfait négociant, I, 368.

Violot. — Essai juridique sur la participation aux bénéfices.

Wahl. — Notes au Sirey, 1903.2.185.

Jurisprudence.

- Cass.**, 30 juillet 1877, S. 77.1.473 ; — 26 avril 1879, S. 79.1.454 ; — 27 juin 1893, S. 94.1.25 ; — 4 décembre 1860, D. 61.1.302 ; — 9 février 1887, D. 87.1.439 ; — 28 avril 1903, S. 1903.1.472 ; — 8 janvier 1906, D. 1906.1.263 ; — 20 mars 1900, D. 1901.1.477 ; — 5 février 1901, S. 1902.1.405.
- Faillite.** — Cass., 9 février 1903, S. 1903.1.115 (Note Thaller) ; 7 mai 1902, D. 1902.1.286 ; — 13 novembre 1872, S. 73.1.41 ; — 22 décembre 1874, D. 76.1.72 ; — 27 juin 1893, D. 93.1.488.
- Faillite du gérant.** — Cass., 23 février 1864, D. 64.1.136, S. 64.1.173 ; — Paris, 22 décembre 1866, D. 66.2.23 ; — Cass., 5 février 1901, S. 1902.1.405, D. 1902.1.41.
- Actions du créancier.** — Cass., 31 juillet 1893, S. 96.1.284, D. 94.1.261 ; — 21 mars 1876, D. 76.1.199 ; — 30 mars 1885, S. 86.1.167.
- Siège social.** — Trib. civ. Seine, 15 mars 1906, *Pand. fr.*, 1907.2.9 ; — Lyon, 30 mai 1906, *Pand. fr.*, 1907.2.135 ; Bordeaux, 18 mai 1900, D. 1903.5.499 ; — Cass., 16 juillet 1901, S. 1903.1.236.
- Pouvoirs du gérant.** — Cass., 20 mars 1900, S. 1902.1.321 ; — 24 mars 1903, S. 1903.1.456 ; 23 octobre 1905, S. 1906.1.40.
- Solidarité.** — Cass., 8 juillet 1887, D. 1904.5.641.
- Sous-cession.** — Cass., 8 juillet 1887, D. 1904.5.637 ; — 11 décembre 1900, D. 1901.1.257.
- Répartition du passif.** — Cass., 29 mai 1845, D. 45.1.349.
- Dissolution.** — Rennes, 4 janvier 1894, D. 94.2.120 ; — Douai, 23 juillet 1907, *Journal des sociétés*, 1907, p. 434.
- Liquidateur.** — Cass., 10 décembre 1895, *Pand. fr.*, 97.1.224 ; — Paris, 8 août 1870, D. 71.2.7 ; — Aix, 2 mai 1871, S. 71.2.261 ; — Bordeaux, 8 juillet 1889, S. 90.2.208 ; — Paris, 22 novembre 1888, *Rev. des soc.*, 1889, p. 1888 ; — Trib. comm. Lyon, 7 décembre 1903, *Journ. des soc.*, 1905, 94 ; — Cass., 10 décembre 1895, S. 99.1.518 ; — Cass., 7 mai 1902, S. 1902.1.504.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Les causes du développement moderne des associations en participation.	1

PREMIÈRE PARTIE

DES TRAITS CARACTÉRISTIQUES DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

SECTION I

De l'existence externe de l'association en participation.

CHAPITRE PREMIER. — Du défaut de personnalité morale de l'association en participation	17
--	----

CHAPITRE II. — Du gérant de l'association en participation.	20
---	----

Pouvoirs du gérant. — Situation respective des créanciers personnels du gérant et des créanciers dits « sociaux ».

CHAPITRE III. — Des relations des tiers avec les associés non gérants.	29
--	----

Les tiers ont-ils une action directe contre les associés non-gérants ? — Possibilité pour les tiers d'exercer l'action oblique de l'article 1166 du Code civil et une action *de in rem verso*. — Modification aux règles générales en cas d'intervention des associés non gérants, — Cas divers d'intervention.

SECTION II

Du fonctionnement interne de l'association en participation.**CHAPITRE PREMIER. — Des règles qui président à la constitution des associations en participation 49**

La création de parts bénéficiaires est-elle licite ?

CHAPITRE II. — De la preuve de l'association en participation 57

Cas de la rédaction d'un acte écrit. — Les tiers peuvent-ils avoir intérêt à faire la preuve d'une association en participation ?

CHAPITRE III. — Des relations des associés entre eux . 66

Condition juridique de l'apport. — Règlements de compte périodiques. — Clause d'intérêt fixe. — Possibilité pour les associés non gérants de limiter leur contribution au montant de leur apport. — Responsabilité solidaire ou conjointe des associés ?

CHAPITRE IV. — De la dissolution et de la liquidation de l'association en participation 85

Liquidation ou règlement de comptes ? — Rôle du pseudo-liquidateur. — Partage.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — Détermination du domaine d'application de l'association en participation 94

La participation aux bénéfices alliée soit au contrat de travail soit au contrat de prêt présente-t-elle les caractères d'une association en participation ? — Cas usuels d'application de l'association en participation.

CHAPITRE II. — Les syndicats financiers 110

Divers objets des syndicats de finances. — Le caractère

licite des syndicats financiers (art. 419, C. pén.). — Diverses variétés de syndicats et leur nature juridique (syndicats d'émission, syndicats de vente, syndicats de résistance). — A qui attribuer la propriété des titres ? — Responsabilité des syndicats d'émission.

CONCLUSION	147
----------------------	-----

Imp. J. Thevenot. — Saint-Dizier (Haute-Marne).
